J. pract.
31
p

5 ∂ / A6
J. pract.
31 P

Borst

<36635360930010
<36635360930010
Bayer. Staatsbibliothek

Ueber die Beweislast im Civilprozeß.

Von

Nepomuk Borst,
Stadtgerichtsassessor zu Bamberg.

Mit einer Vorrede
von
Anselm Ritter v. Feuerbach.

Stuttgart,
In Commission der Christ. Hausmann'schen
Antiquariats-Buchhandlung.
1835.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

K. B. Hof- u. Staats-
Bibliothek
MÜNCHEN.

STUTTGART

Vorrede.

Gern erfülle ich den Wunsch des Verlegers, diese kleine Schrift über einen für die Anwendung des Rechts bedeutenden Gegenstand mit einem Vorworte zu begleiten. Die Bürgschaft, welche von demjenigen, der einen Dritten in den Kreis seiner alten Bekannten und Freunde einführt, jedesmal stillschweigend übernommen wird, daß der Eingeführte der Gesellschaft mindestens nicht lästig seyn werde, glaube ich gegen das Publikum für den bescheidenen Verfasser dieses Werkchens ausdrücklich übernehmen zu dürfen. Der von ihm behandelte Gegenstand ist schon viel besprochen, und ausgezeichnete

Männer, wie vor Allen Weber *), haben Treffliches darüber gedacht. Doch wird man gern gestehen, daß die Verhandlungen noch nicht geschlossen seyen und daß jeder Selbstdenkende, welcher neue Ansichten entweder über das in Frage stehende Prinzip im Allgemeinen oder dessen Anwendung im Besondern zu geben verspricht, willig aufmerksames Gehör verdiene. Stimmt gleich der aufgestellte Grundsatz in der Hauptsache mit dem Weber'schen überein; so ist doch die Entwickelung und Durchführung desselben größtentheils eigenthümlich und aus neuen Gesichtspunkten aufgefaßt, welche für den Scharfsinn und wissenschaftlichen Geist des Verfassers rühmliches Zeugniß geben und gewiß der prüfenden Beachtung würdig sind.

Was diesem Werkchen gleichsam von Außen her noch eine besondere Verdienstlichkeit mittheilt, ist der Stand seines Verfassers als eines ausübenden Rechtsgelehrten **). Selten

*) In seiner bekannten Schrift: von der Verbindlichkeit der Beweisführung.

**) Hr. Assessor Borst hat sich bereits durch mehrere Schriften als denkender Mann bekannt gemacht. Die vorzüglichsten sind: 1) Einige Grundlinien für

ist die erfreuliche Erscheinung, einen Geschäftsmann zu finden, welcher neben dem berufgemäßen Tagwerke zugleich an der Wissenschaft seines Berufs forschend einen thätigen Antheil nimmt und, statt nur im Strom der Geschäfte zu treiben oder im Strudel einer rastlos rührigen Geschäftigkeit gedankenlos unterzugehen, sich auch noch so viel Freiheit des Geistes gerettet hat, um den stets andringenden Stoff nicht bloß durch das Abthun abzuwehren, sondern auch als einen Gegenstand sinnender Beobachtung zur Erweiterung oder Berichtigung eigener und fremder Erkenntniß festzuhalten. Seltner und verdienstlicher ist solche Erscheinung zu einer Zeit, wo (zwar nicht überall, doch da und dort) Geist und Wissenschaft, durch mancherlei seltsame Beschuldigungen verdächtiget, in ein etwas mißgünstiges Verhältniß zu der

---

eine vernünftige Gesetzgebung des Civilprozesses ꝛc. Nürnberg, 1810. 2) Versuch einer neuen reinrechtlichen Darstellung des Naturrechts und der Strafbarkeit. Nürnberg, 1811. 3) Ueber die Erstattung der Prozeßkosten als Schadenersatz. Nürnb. 1812. 4) Ueber die Anwendung neuer Gesetze auf früher entstandene Rechtsverhältnisse. Bamberg, 1814.

bloß gewandten handfertigen Tüchtigkeit herab=zusteigen beginnt; wo unseres Schillers Wort von dem Manne, „der nie bedacht was er voll=bringt", wiewohl ursprünglich nur von einem tüchtigen Werkmeister zu achtbaren Gesellen ge=sprochen, mehr als je auch außer den Gewerk=schaften eine oft schwer in das Gewicht fallende Bedeutung erhalten hat; wo endlich weniger als sonst anerkannt zu werden scheint, daß an und für sich zwischen der Feder und dem Ham=mer kein wesentlicher Unterschied ist, und daß nur der Geist, womit das Werkzeug geführt wird, der Gedanke dem es dient, demselben Werth und Adel giebt.

Die Rechtswissenschaft, da sie die Gesetze des äußern Thuns zu ihrem Gegenstand, die Bestimmung der rechtlichen Art des gesellschaft=lichen Zusammenlebens und Ineinanderwirkens zu ihrem unmittelbaren Zweck, folglich als eine Wissenschaft für das Handeln in ihrer prakti=schen Beziehung, in ihrer Tüchtigkeit und Brauch=barkeit für thätige Anwendung ihren höchsten, ich möchte sagen, einzigen Werth zu suchen hat, — ist gleichsam schon von Natur dem ausüben=den Rechtsgelehrten zur Pflege und Erziehung in den Schooß gelegt. Denn Geist und Mund

des ausübenden Rechtsgelehrten sind das Organ, durch welches sie zurück auf das Leben wirkt, von dem sie ausgegangen ist. Der Gelehrte als solcher, befangen in jener von Papieren und Büchern umstellten Mauer-Welt, von welcher Göthe's Faust so viel zu sagen und so wenig zu rühmen weiß, sieht meistens nur von Ferne die Gestalten, die der Erdgeist frei erschafft, und das gelehrt ergründete Recht wird immer nur erkannt durch den Begriff, der dem todten Worte des todten Buches abgezwungen ist. Der ausübende Rechtsmann ist mitten in das drängende Gewühl des Lebens, nicht bloß mithandelnd, sondern zugleich beobachtend dahin gestellt, wo das Recht in seinen tausendfachen Formen, mit seinen unendlich mannigfaltigen Verhältnissen wie leibhaft vor dessen sinnlicher Anschauung vorübergeht. Auf dem Marktplatz und in den Hallen der Gerichte hat er mit der Gerechtigkeit gleichsam eine gemeinschaftliche Wohnung und wird so durch unmittelbaren täglichen Verkehr mit ihr befreundet, mit ihrer Art und Sitte, wie sich diese bei stets neuen Gelegenheiten kund giebt, durch unmittelbare Beobachtung vertraut. Die Klippen und Untiefen des abgezogenen Wissens, welche sich der

Theorie nicht selten hinter magischem Nebel verstecken, treten unter der Mittagssonne der Erfahrung klar ans Licht, und wie der praktische Sinn, ohne welchen zuletzt die Wissenschaft erblindet, nur am Einzelnen sich schärft, so wird auch jene Kunst mit Rechtsbegriffen zu rechnen, welche neulich von einem unserer Rechtsgelehrten in den Werken der Neueren mit Grund vermißt worden ist, nur im thätigen Leben durch Rechtsübung, wo nicht erworben, doch entwickelt. Dem Engländer ist daher Glück zu wünschen, daß bei ihm keine von der Praxis verschiedene Rechtstheorie zu finden, sondern diese nichts anders als die Praxis selbst ist, so wie sich diese größtentheils durch den Geist ausübender Rechtsgelehrten mittelst des Gerichtsbrauchs gebildet hat. Auch in Rom waren es nicht Theoretiker, am wenigsten historische Rechtsgelehrte im Sinn einer deutschen Schule, sondern vom Geist der Philosophie beseelte, mit scharfem Weltverstand gerüstete, an den Brüsten der Erfahrung genährte, in der Uebung des thätigen Lebens gewandte Staats- und Geschäftsmänner, welche den Bau ausgeführt, der wiewohl er nicht für uns entworfen, folglich für uns nicht mehr durchaus bequem und wohn-

lich ist, doch stets ein Gegenstand höchster Achtung und Bewunderung bleiben wird.

Diese Einheit des Denkens und Handelns, der Wissenschaft und ihrer Ausübung, die stete Eintracht und Wechselwirkung zwischen dem Allgemeinen und Besondern, ist bei uns, leider, aufgelöst und zwar nicht durch zufällige, allenfalls durch gelehrtes Einverständniß zu beseitigende Ursachen, sondern wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit unserer Rechtsquellen, über welche nicht von unten hinauf, sondern nur von oben herab eine entscheidende Aenderung zu bewirken möglich ist. Der zur Pflege der Wissenschaft berufene Rechtsgelehrte, von den Massen des zu verarbeitenden Stoffs an die Beschränktheit menschlicher Kräfte gemahnt, zieht sich, je höher er sein Ziel gestellt, desto weiter von den Geschäften der Rechtsanwendung auf das Gebiet der reinen Gelehrsamkeit zurück *): der ausübende Rechtsmann, durch die stets dringenden, und, in Folge der gelehrten Rechtsmassen mannichfaltig verwickelten Forderungen

*) Daher ist es nicht selten, daß die vorzüglichsten Rechtsgelehrten, zumal der reingeschichtlichen Schule, sich der sogenannten Fakultäts-Geschäfte und des Urtheilens in den akademischen Spruchkollegien entschlagen.

seines Berufs von dem gelehrten Wissen abgezogen, mit seinem ganzen Wesen dem Leben zugewendet, bleibt meistens auf das kleine wissenschaftliche Vermögen beschränkt, das er aus der Schule Schwarz auf Weiß mit sich davongetragen und welches er nun so nutzbar wie möglich zu verwerthen sich bemüht. Daher kommt es denn, daß meistens jener die Wissenschaft weiß ohne ihren Gebrauch *), dieser sie übt ohne Wissenschaft; daß jener das Recht kennt, aber nur das todte, wie es in Büchern aufbewahrt liegt, und zum Theil entweder nie gegolten oder längst zu gelten aufgehört hat, — dieser das geltende lebende Recht, aber ohne es damit bis zur Wissenschaft zu bringen, entweder weil er Wissenschaft überhaupt verachten gelernt hat, oder weil er bedenkt, daß man seinem Wissen ohnehin die gelehrte Zünftigkeit nicht einräumen werde.

Diesen Zustand der Dinge scheint man bei Entscheidung des neulichen, vielfach merkwürdigen Streits über das Bedürfniß und den

*) Auf welchen er wohl gar — seltsam genug! — vielleicht spöttisch herabsieht, worüber aus bekannten Schriften manches merkwürdige Beispiel anzuführen wäre.

werth einheimisch deutscher Gesetzgebung *), nicht gehörig erwogen zu haben. Bekanntlich

*) Zwischen Hrn. v. Savigny und Thiebaut. Was später geschehen, hat wenig zur Schlichtung, desto mehr zur Erhitzung des Streits beigetragen. Auf der Seite des zuletzt genannten Gelehrten stehen übrigens nicht bloß diejenigen, welche in der Rechtswissenschaft mehr als das Geschichtliche suchen, sondern auch ausgezeichnete Männer der reingeschichtlichen Methode. Mein ehrwürdiger Freund, Etatsrath Ritter Cramer zu Kiel, wird mir verzeihen, wenn ich hier seinen Namen nenne und dem Publikum verrathe, daß Er es vorzüglich war, der mich gegen die Behauptungen des von uns gemeinschaftlich verehrten v. Savigny in Harnisch zu bringen und zu freundschaftlichem Kampf hinauszuführen gesucht hat. Vieles was den Freuden des geistigen Wirkens wenig zusagt, hinderte mich seither, an dieser Angelegenheit Theil zu nehmen. Und auch jetzt will ich nicht so angesehen seyn, als traute ich mir zu, durch die wenigen Worte, die ich hier zu sagen habe, den Streit zu schlichten oder zu vermitteln. Solons weises Gesetz, wonach jeder gute Bürger verpflichtet war, bei entstandener Partheiung seine Gesinnungen öffentlich auszusprechen, sollte vorzüglich in dem gelehrten Freistaat und geistigen Tugendbund (oder wie man sonst den heiligen Verein für Recht und Wahrheit nennen mag, in welchem ohne Heimlichkeit und ohne Schwur Tausende sich Brüder nennen) als eines der ersten Grundgesetze gelten. Ich ergreife die gegenwärtige Gelegenheit nur dazu, um dieses Gesetz zu erfüllen, und die Parthei bestimmt

wurde unser Zeitalter, — nachdem man demselben die Fähigkeit, sein geltendes Recht, gereinigt von alterthümlichem Ueberfluß und neuen Mißbräuchen in einem mit sich selbst übereinstimmenden Gesetzbuche darzustellen, geradezu abgesprochen hatte, — mit seinen Erwartungen und Wünschen von der gesetzgebenden Gewalt hinweg an die Rechtsgelehrten gewiesen, welche durch fortgesetzte Bildung des gelehrten Rechts, und zwar nach reingeschichtlicher Methode, ausschließend berufen seyen, im Lauf einer nicht zu bestimmenden Zeit allem Bedürfnisse abzuhelfen. Das Recht werde überall (und dieß ist ganz unbestreitbar) aus dem Geiste des Volks geboren, falle aber, sobald es zu gewissen Jahren und Kräften gekommen, den Rechtsgelehrten und der sich selbst überlassenen freien Wissenschaft ausschließend als Pflegkind anheim, wie denn das römische Recht nicht durch Gesetzgebung, sondern durch Rechtsgelehrte zu seiner Vollkommenheit gediehen sey. Ein deutsches Gesetzbuch (abgesehen, daß dasselbe nur als Ur-

---

zu bezeichnen, auf deren Seite ich zu finden bin. — Einige sagen vielleicht hierauf spottend: „das haben wir längst gewußt!" Indessen hat auch dieses mir nichts zu bedeuten.

kundenbuch unserer Unwissenheit und Geistesarmuth dienen werde) könne daher nichts anderes wirken, als die Wissenschaft in ihren Schritten aufzuhalten und die Nachkommenschaft wohlthätiger Entdeckungen zu berauben.

Ob hinter dem eifrigen Bemühen, womit von einigen der ausgezeichnetesten Gelehrten der römischen Schule, dem lauten Nothruf nach einem einheimischen Rechtsbuche niederschlagend begegnet wurde, nicht insgeheim, diesen würdigen Männern selbst unbewußt, ein Argument versteckt liege, demjenigen ähnlich, womit wohl auch schon von Kriegsgelehrten die Nothwendigkeit des Kriegs behauptet wurde, weil nämlich sonst die Kriegswissenschaft untergehen werde *): mag ununtersucht bleiben, weil die Entscheidung unerheblich ist. Wie die Schlußfolge selbst offen ausgesprochen vorliegt, darf diese nur zergliedert werden, und man sieht bald, daß ihre Stärke auf einer Vermischung verschiedenartiger Begriffe, Voraussetzungen und

*) Hierin löst sich das meiste von demjenigen auf, was Hr. Prof. Meister zu Breslau für das römische Recht und dessen Beibehaltung, einige Zeit vor jenem Streit zwischen Thiebaut und v. Savigny geschrieben hat.

Bedingungen ruht, wodurch der Schein entsteht, als wenn was von dem Einen in Wahrheit gilt, auch von dem Anderen gelte.

Als ein Hauptgrund für das Bedürfniß einer einheimisch deutschen Gesetzgebung wurde geltend gemacht, daß die gesetzliche Grundlage unseres Rechtszustandes aus den ungleichartigsten, mit sich selbst streitenden Bestandtheilen zusammengesetzt sey; daß die Bücher, welche für uns Gesetzbücher geworden, als Rechtsbücher fremder Völker, nach fremden Gebräuchen und oft unbekannten oder nicht mehr vorhandenen Einrichtungen und Zwecken, in fremden Begriffen wie mit fremden Worten zu uns sprechen, und daß das Gebäude des Rechtssystems, welches wir das unserige nennen, zum größten Theil unter dem Schutt einer längst untergegangenen Zeit begraben liegt, so daß es der mühseligsten Zurüstungen und der fortgesetzten Bemühungen eines Menschenlebens bedarf, um den Schutt aufzuräumen, die Trümmern hervorzugraben und dann die Bruch-Enden zu errathen, bei denen sie wohl oder übel sich wieder zusammenfügen lassen. Ist diese Anschuldigung gegründet (und wer vermag sie zu läugnen?) so ist nicht zu verstehen,

wie die Rechtswissenschaft Gebrechen zu tilgen vermöge, welche die Gesetzgebung belasten. Mag die ihrem freien Gang überlassene Rechtswissenschaft graben und wühlen, entdecken und aufklären, zur Wahrscheinlichkeit oder Gewißheit bringen, so viel sie wolle, so darf sie den Bann-Kreis jener Gesetzbücher nicht überschreiten und ist daher schlechterdings unvermögend, einen Zustand, von dem sie selbst bedrückt wird und den sie ohne Empörung gegen die eigne Gottheit nicht von sich abschütteln kann, zu bessern oder nur um eine Linie breit von der Stelle zu rücken. Daß unsere Rechtswissenschaft Rechtsgelehrsamkeit und ihrem Wesen nach, wenigstens zum allergrößten Theil historisch-antiquarisch ist, darf Niemand verkennen, noch unsern Rechtsgelehrten zum Vorwurf anrechnen. Auch wird die geschichtliche Erforschung des Rechts und seiner Entwickelung (sogar in weit mehr umfassender Beziehung, als in welcher dieselbe von unsern reingeschichtlichen Rechtsgelehrten dermalen empfohlen und betrieben wird) unter jeder Voraussetzung ein nicht nur für den Gesetzgeber unentbehrlicher, sondern für jeden zum Höhern gebildeten Geist würdiger Gegenstand des Wissens seyn. Aber daß unsere Rechts-

wissenschaft, selbst in ihrer unmittelbaren Beziehung auf das Leben, historisch-antiquarisch ist, daß sie dieses nach dermaliger Beschaffenheit der Rechtsquellen seyn muß: das ist eben das Uebel, dem nun einmal durch diese geschichtliche Rechtswissenschaft selbst eben so wenig abzuhelfen ist, als eine Krankheit durch weitere Vervollkommnung eben dieser Krankheit gleichsam aus sich selbst heraus geheilt werden mag. Jeder seiner Zeit gemäße Rechtszustand und jede denselben darstellende Gesetzgebung ist in so ferne nothwendiger Weise geschichtlich, als die Gegenwart immer durch die Vergangenheit, der jetzige Zustand durch eine Reihe vorhergehender bestimmt wird. Allein das ist das ganz eigenthümliche unseres Rechtszustandes, daß die Geschichte des Rechts, welches wir das unsrige nennen, gleichwohl nicht bei uns und bis auf unsere Zeit herab, sondern bei einem fremden untergegangenen Volke bereits vor weit mehr als tausend Jahren abgelaufen ist; daß man von da nicht vorwärts *), sondern an dem dünnen, oft zer-

*) Denn die Geschichte der Aufnahme des römischen Rechts, zuerst im Einzelnen bloß der Materie nach,

reißenden Faden der Geschichte, Sprach- und Alterthumskunde wieder um mehr als Ein Jahrtausend forschend rückwärts gehen muß, um, wenn man klar oder halbklar eingesehen, was in der ersten Hälfte des VI. Jahrhunderts bei den Römern als Recht gegolten habe, nun erst zu wissen, wie unsere Richter im XIX. Jahrhundert den Deutschen ihr Recht sprechen sollen.

Es ist nichts unbestrittener als eben dasjenige, worauf von den Widersachern eines einheimisch deutschen Gesetzbuchs mit ganz besonderem Nachdrucke gedrungen wird, gleichsam als wäre es je von Verständigen bestritten worden, nämlich: daß alles auf Entwickelung und Darstellung des volksthümlichen, in das Leben der Nation übergegangenen Rechts ankomme. Das ist nur das Unbegreifliche, wie gerade die historische Rechtswissenschaft, welche Alles in Allem seyn soll, mit Entwickelung

---

dann der Form nach im Ganzen, wird wohl nicht gegen das oben stehende geltend gemacht werden wollen. Ueberdieß läßt sich bestimmt voraussagen, daß diese Geschichte immer nur über Manches im Allgemeinen, allein nur über Weniges im Einzelnen werde Licht verbreiten können.

und Bildung dieses lebenden Rechts, das unbekümmert um das Gelehrtenwesen und um Entdeckungen in dem Alterthum früherer Jahrtausende seines Weges geht, und immer nur seine gegenwärtigen Bedürfnisse befragt, — in irgend einem nahen ursachlichen Zusammenhang stehe? Was, wenn auch alle Geister der Römerwelt aus ihren Gräbern heraufbeschworen würden, um über alles klärliche Antwort zu geben, und von der Mutter Carmenta bis zu Justinian herab die ganze Rechtsgeschichte aufs wahrhafteste im bündigsten Zusammenhange zu erzählen, — was hiedurch so Großes für die Verbesserung unseres gegenwärtigen Rechtszustandes gewonnen sey? Die Geschichte erklärt, wie Etwas nach und nach geworden; wie und was dieses Etwas sey, lehrt die Geschichte nicht. Was der Geschichte angehört, ist schon dem Leben abgestorben. Oder ist etwa das Recht, welches die geschichtliche Rechtswissenschaft lehrt, wirklich das volksthümliche, lebende? — Was ist bei uns wirklich Rechtens? was ist von dem Fremden einheimisch geworden? wie hat es sich, vermischt mit deutschem Saft und Blute, umgestaltet? in welcher Form steht es jetzt da, lebt und wirkt es?

Hierüber vermag die geschichtliche Rechtswissenschaft entweder keine oder nur abgebrochene Antwort zu geben, und in jedem Fall liegt das Orakel, welches hierauf antwortet, weit näher, als daß dasselbe erst auf einem Umweg, der durch Jahrtausende hindurchgeht, gesucht werden müßte. Abgeschiedene Geister kehren leibhaft nimmermehr zurück, und daher wird insbesondere die Geschichte des Rechts, werde ihre Erforschung auch noch Jahrhunderte fortgesetzt, mehr nicht seyn und bleiben, als eine Zusammenstellung größerer oder kleinerer Bruchstücke, welche da und dort aus dem Dunkel der Zeiten hervortreten und deren Bedeutung und Zusammenhang oft nicht zu erkennen, sondern nur muthmaßlich zu errathen ist. Wenn also das Heil unseres Rechtszustandes von der Widerherstellung eines Gewebes abhängt, welches zwar die Zeit gewoben, aber auch, wenigstens für unsere Erkenntniß, wieder zerrissen und in alle Winde zerstreut hat, wehe! dann ist dessen Verbesserung auf die Ewigkeit verschoben.

Was in jener Ansicht am meisten auffällt, ist das Unpassende einer Vergleichung zwischen dem alten römischen Recht und unserem heutigen römisch-canonisch-deutschen Rechte, beson-

ders die Fehlerhaftigkeit des Schlusses von dem was der römische Rechtsgelehrte der Fortbildung des römischen Rechtszustandes war, auf das was unsere deutschen Rechtsgelehrten, wenn man diese nur nicht durch Gesetze in ihren Forschungen hemme, dereinst dem deutschen Rechtszustande werden könnten. Schon die große Verschiedenheit zwischen der römischen aristokratisch-demokratischen Verfassung und unsern heutigen Monarchien, die eigenthümliche Vollmacht der Magistrate und die ausgedehnte Gewalt des Gerichtsbrauchs, der Einfluß auf das Edict jener Magistrate und auf diesen Gerichtsbrauch, wodurch der römische Rechtsgelehrte mittelbar und zwar unter der Form einer höheren Autorität, mithin wirklich gesetzgebend (wiewohl nicht auf den Comitien, noch in unserer Art Gesetze zu geben) auf den Rechtszustand einwirkte: dieses und anderes dergleichen stumpft schon gar sehr die Schärfe jener Vergleichung ab. Jedoch hievon abgesehen, ist einleuchtend, daß der römische Rechtsgelehrte und seine Rechtswissenschaft äußerlich und innerlich etwas ganz anderes war, als unsere Rechtsgelehrte und unsere Rechtswissenschaft, so lange ihre jetzigen Quellen fortdauern, je-

mals werden können. Der römische Rechtsgelehrte saß bekanntlich nicht als Geschichts- und Alterthumsforscher hinter alten Denkmälern und Manuscripten, sondern auf dem Marktplatz, oder zu Haus unter den Clienten, oder auf dem Gerichtsstuhl oder in dessen Nähe; sein Wissen war Erkenntniß aus dem Buche des bürgerlichen Lebens, und er hatte weit weniger zu lesen und zu lernen als zu beobachten, zu denken, zu urtheilen und zu schließen. Aus der Erforschung hetrurischer, altitalischer, griechischer Alterthümer sog das römische Recht seine Lebenssäfte nicht, obgleich diese Alterthümer dem Römer weit näher lagen als uns die seinigen; Alterthumskunde war der Grammatik zugewiesen. Das konnte auch wohl geschehen; denn der Römer hatte nicht erst den Rechtsleichnam eines vor einem Jahrtausend untergegangenen Volks zu zergliedern, um denselben bei sich von neuem künstlich zusammenzusetzen und wieder zum Scheinleben aufzuwecken. Wo Er stand und ging war Er bei sich zu Hause; was Er umfaßte, was Ihn durchdrang, war s e i n e Zeit und die G e g e n w a r t mit ihrem Haben und Bedürfen; was Er erkannte, bearbeitete, gestaltete, war s e i n und s e i n e s

Volkes Recht. Und so ward das römische Recht nicht durch Geschichte, Alterthumskunde, Kritik und Grammatik, als geschichtliche Rechtswissenschaft, sondern durch Erfahrung, Philosophie und Logik zur Reife gebracht.

Können die Pfleger der deutschen Rechtsgelehrsamkeit uns die gründliche Verheissung geben, eben das und eben so uns zu werden, was und wie es der Römer seinem Volke war? Wohlan! dann wollen wir uns des Wunsches nach einem einheimischen Gesetzbuche (weil man bei deutschen Angelegenheiten in der Mehrzahl sprechen muß) nach einheimischen Gesetzbüchern gern entschlagen. Allein umsonst! Um jenes zu werden, müßte erst unsere Rechtswissenschaft aufgehört haben, zu seyn was sie ist, — eine historisch-antiquarische Wissenschaft; und damit diese etwas anderes seyn könnte als sie es ist, müßten wir erst gerade eben dasjenige besitzen, dessen Besitz uns, wie gesagt wird, durch fortgesetztes historisch-antiquarisches Forschen entbehrlich gemacht werden soll: — ein einheimisches, den Bedürfnissen der Zeit anpassendes, in sich selbst übereinstimmendes, mit gesetzlicher Kraft ausgestattetes Rechtsbuch. Ein solches hatte der Römer in seinen XII Ta-

feln, späterhin in seinem Edict. Und eben weil er es hatte, weil sein Recht auf einheimischem Boden aus Einer Herzwurzel hervorwuchs, darum konnte dieses unter der Jahrhunderte lang fortgesetzten Pflege des stets auf die Wirklichkeit hingewendeten philosophischen Geistes und logischen Verstandes, zu jenem kräftigen Stamm mit reichen Aesten in die Breite und Höhe wachsen.

Als man von einem deutschen Gesetzbuch für deutsche Völker sprach, dachte man nicht an ein Werk despotischer Willkühr, welche aus sich selbst das Recht erst mache, und dasselbe, wenn es nach Laune fertig geworden, dem Volk als Joch über den Hals lege; auch dachte man nicht an ein von der Vernunft mit Idealen erzeugtes, auf Wolken gebornes Götterkind, welches, nachdem es die vergangenen Jahrhunderte aus dem Buche der Zeit weggestrichen, kecken Geistes über die Gegenwart hinweg in neue noch unerschaffene Jahrhunderte hinüberspringe *). Die Forderungen waren weder so

*) Und doch wurde von den Gegnern über Gesetze und Gesetzgebung gerade so gesprochen, als hätte man jenes oder dieses gedacht. An ein von dem Feuerlande bis nach Kamtschatka allgemeingültiges gesetz-

gemein, noch so überspannt. Man wollte nicht mehr, als was die Römer gethan, da sie ihre XII Tafeln verfaßten, mit dem einzigen Unterschied, daß nach dem Zustand unserer geselligen und geistigen Bildung, und nach der großen Verschiedenheit der Elemente, welche auf die Fortbildung unseres Rechtszustandes eingewirkt haben, die deutschen Rechte nicht in dem Raum von zwölf römischen Tafeln Platz genug finden. Mit einem bloßen Aufschreiben des vorhandenen Rechts war es aber freilich selbst bei diesen kleinen XII Tafeln auch nicht gethan. Waren die Römer, wie aus Niebuhrs Forschungen erhellet, durch Kasten getrennt, lebten Patrizier und Plebejer nach verschiedenen Rechten, vielleicht auch die Plebejer selbst, je nach Verschiedenheit ihrer Volksabstammung wieder unter sich nach verschiedenen Volks- und Stammsgewohnheiten (wie später-

---

gebendes Naturrecht glaubt man schon lange nicht mehr. Daß aber das Gesetzgeben mit dem Despotismus so nahe verwandt sey, daß man Cäsars bekanntes Vorhaben, ohne weiteres unter den Beweisen seines Strebens nach Gewaltherrschaft anführen dürfe, hat man früher noch nie geglaubt, und glauben sehr viele noch nicht, wiewohl es seitdem behauptet worden ist.

hin die Barbaren in den neugestifteten germanischen Reichen); so mußten, nach dem Ausdrucke des Livius *), diese Verschiedenheiten gegen einander ausgeglichen, mit einander in ein übereinstimmendes Ganze verschmolzen, mithin mußte auf der einen Seite weggenommen, auf der andern zugelegt, dort etwas aufgehoben, hier etwas beigefügt, dort das Widerstreitende durch ein Drittes vermittelt, alles dem gegenwärtigen Zeitbedürfniß mit Weisheit angepaßt werden. Daß die Zehnmänner das bürgerliche Recht ohne weiteres nur so hingeschrieben haben, wie sie es eben fanden, widerstreitet aller Geschichte **). Daß ihnen das Volk

*) Jura aequare. — Ich schreibe diese Vorrede entfernt von meinen Papieren und habe Livius so eben nicht bei der Hand, um die Stelle näher zu bezeichnen.

**) Jedes Volk, sobald dasselbe so weit gekommen, seine Rechte in einem Gesetzbuche schriftlich darzustellen, änderte und besserte zugleich sein Recht. War das Volk aus mehreren kleineren Stämmen mit eigenen Rechtsgewohnheiten zusammengeflossen, so galt es auch bei Abfassung des Rechtsbuches, vor allem diese Verschiedenheiten in Einstimmung zu bringen und aus dem vorhandenen Stoff ein Gemeinsames zu schaffen. Abgesehen von den späteren Zusätzen der Könige und des Clerus, enthielt schwerlich irgend eines der sogenannten Gesetze der Barbaren, selbst in

die gesetzgebende Weisheit zum Verbrechen angerechnet, darüber schweigt die Geschichte. Ob die Römer, ehe sie ihre Wünsche geltend machten, zuvor noch eine gründliche Selbstprüfung über ihre Fähigkeit zu einer Gesetzgebung angestellt haben? ob die Unbehülflichkeit ihrer Sprache und die Aussicht auf eine erst künftige Veredlung derselben, als ein Zweifelsgrund

---

der ursprünglichen Gestalt, ganz reines Gewohnheitsrecht ohne allen Einfluß der gesetzgebenden Weisheit dieser Zeit. Was der große König Alfred in der Einleitung zu seinem Rechtsbuche sagt: Ego Alfredus Rex in unum colligi et litteris consignari jussi, multa eorum quae parentes nostri observabant, quae mihi placebant, et multa eorum quae mihi non placebant rejeci cum meo sapienti Concilio, et alio modo jussi observari: dieses thaten und dachten, in größerem oder geringerem Umfang, besser oder schlechter, gewiß alle, die berufen waren, ihres Volkes Rechte in Gesetzen zu verfassen. Das: quae mihi placebant, bedeutet aber freilich nicht so viel als: car tel est notre plaisir, sondern hat ungefähr denselben Sinn, in welchem König Egica durch Betrachtungen über Geist und Zweck aller Gesetze das westgothische Gesetzbuch einleitet, wenn er sagt: Lex erit secundum naturam, secundum consuetudinem civitatis, loco temporique conveniens, justa et aequibilia praescribens, congruens, honesta et digna, utilis, necessaria. (Canciani Vol. IV. p. 63. et 247.)

gegen das Unternehmen auch bei ihnen *) angeführt worden ist? ob die verstockten Patrizier das dringende Begehren des Volks unter anderem auch damit abzulehnen versuchten, daß sie ihm vorstellt: — all ihr Klagen und Verlangen beruhe auf einem Mißverstande, wenn sie von Gesetzen forderten, was die Rechtswissenschaft allein nach Jahrhunderten ohnehin schon leisten werde; man möge den Rechtsgelehrten in ihrer Mitte nur Zeit lassen, die heiligen Rechtsbücher der Etrusker, die Alterthümer der Lateiner, Oenotrer, Sabeller, Sikuler und, weil offenbar viel Griechisches eingedrungen, die Rechtsgeschichte der Griechen durch Großgriechenland hindurch nach Athen hinüber und von da, wo möglich, bis in die Zeiten von Kekrops hinauf mit der Fackel der Kritik und Geschichte beleuchtend zu verfolgen; dann werde

---

*) Wie bei uns, denen behauptet wurde, keines der neueren Gesetzbücher die an Würde und Kraft des Gesetz-Styls auch nur mit der Halsgerichtsordnung Kaisers Karl V. zu vergleichen. Wenn einmal unsere Gesetzbücher ein paar Jahrhunderte alt geworden sind, so werden sie unsern Nachkommen wahrscheinlich eben so ehrwürdig und gravitätisch klingen, wie uns jetzt die Karolina.

alles von selbst sich machen: — ob dieses oder ähnliches gesagt worden? darüber schweigt ebenfalls die Geschichte. Was aber, wenn es gesagt worden wäre, der kerngesunde Römerverstand würde erwiedert haben, ist zu errathen nicht schwer.

München den 4. März 1816.

Feuerbach.

Inhalt.

Einleitung, den gegenwärtigen Zustand der Lehre von der Beweislast betreffend. §. 1 — 2.

Erste Abtheilung.

Von der Beweislast und der hierüber geltenden Regel im Allgemeinen

Erster Abschnitt.

Ableitung der Regel: wem der Beweis obliege?

§. 3. Begründung der Klage mittelst des Gesetzes, und der Thatsache.

§. 4. Wenn bloß über die Rechtsfolgerung gestritten wird, bedarf es keines Beweises.

§. 5. Streit über das Daseyn des Gesetzes. Beweis des Nichtnotorischen.

§. 6. Beweis der Thatsache.

§. 7. Begründung der Einrede —
§. 8. der Replik und Duplik.
§. 9. Allgemeine Regel.
§. 10. Erläuterung derselben in Bezug auf die Lage des Prozesses.
§. 11. Erläuterung in Bezug auf Gegenbeweis.
§. 12. — — — in Bezug auf die Thatsache.
§. 14. — — — in Bezug auf deren Ungewißheit.
§. 15. — — — in Bezug auf Verneinung.

Zweiter Abschnitt.

Vergleichung der aufgestellten Regel mit dem gemeinen Rechte, und mit den bisherigen Regeln der Gelehrten.

§. 15. Gemeines Recht.
§. 16. Meinungen der Gelehrten.
§. 17. Besonders von Herrn Prof. Webers Regel.

Dritter Abschnitt.

Vom Beweise verneinender Sätze.

§. 18. Kanonisches Recht und Meinung der Gelehrten.
I. Möglichkeit des verneinendes Beweises.
§. 19. Dessen Einschränkung auf Ort und Zeit.

§. 20. Direkter Beweis der Verneinung.

II. Nothwendigkeit des verneinenden Beweises.

§. 21. Einwendungen von Klötzer.

§. 22. In wie fern das Nichtseyn einer Thatsache zum Rechtsgrunde gehöre.

§. 23. Weitere Einwendungen.

§. 24. Beispiele.

§. 25. Negative Bedingungen des Rechts, in so ferne nur die Reife und Vollendung desselben davon abhängt.

§. 26. Nichtseyn, wodurch die Rechtsentstehung ursprünglich bedingt ist. Dieses muß bewiesen werden.

§. 27. Einwand aus L. 10. D. de V. O.

§. 28. Weitere Erläuterung.

Vierter Abschnitt.

Von Vermuthungen.

§. 29. Allgemeine Bemerkungen.

§. 30. Gesetzliche Vermuthung. Begriff und Wirkung. Befreit eigentlich nicht vom Beweis.

§. 31. Beispiele.

§. 32. Andere scheinbare Ausnahmen von der allgemeinen Regel.

§. 33. Erläuterungen in Bezug auf den Gegenbeweis.

§. 34. Wirkung der gemeinen Vermuthung. Wahrscheinlichkeit.

§. 35. Nach Wahrscheinlichkeit darf nicht geurtheilt werden.

§. 36. Die gesetzliche Vermuthung giebt nicht bloß Wahrscheinlichkeit.

§. 37—39. Weitere Widerlegung der Feuerlein. Behauptungen.

Zweite Abtheilung.

Nähere Anwendung der über die Beweislast aufgestellten Regel.

§. 40. Allgemeine Bemerkungen.

Erster Abschnitt.

Von den äußerlichen Bedingungen eines auf eine Klage oder Einrede gestützten Antrags.

Erster Absatz.

Vom Beweise für die Zuständigkeit eines Antrags von Seite der Person, welche ihn macht.

§. 41. Legitimatio activa.

I. Persönliche Fähigkeit Prozeß zu führen.

§. 42. A. auf Seite des Beklagten.

§. 43. B. auf Seite des Klägers,

a) wenn der Beweis der persönlichen Fähigkeit mit dem Beweis der Hauptsache eins ist, ist kein besonderer Beweis nöthig.

§. 44. b) Im entgegengesetzten Falle ist ein besonderer Beweis erforderlich, es darf aber

§. 45. die Kuratelfreiheit eines Volljährigen, oder der ledige Stand eines Frauenzimmers nicht bewiesen werden.

II. Zuständigkeit des Rechts (Legitimatio ad causam.)

§. 46. Wenn sie besonders bewiesen werden müsse.

§. 47. Einwand des anastasianischen Gesetzes bei der Cession.

§. 48. Fortsetzung.

Zweiter Absatz.

Vom Beweise für die Zuständigkeit eines Antrags in Bezug auf die Person, gegen welche er gemacht wird.

§. 49. I. Persönliche Streitfähigkeit des Angegriffenen.

§. 50. Zuständigkeit des Rechts gegen den bestimmten Gegner (eigentliche Passivlegitimation).

§. 51. a. Wenn der Beklagte die Sache eines Andern besitzt.

§. 52. b. Wenn er in die persönliche Verbindlichkeit eines Andern getreten ist.

§. 53—54. In wie ferne die Erbschaftsgläubiger gegen den Notherben dessen Erbschaftsantritt beweisen müsse.

Dritter Absatz.

Vom Beweise für die Zuständigkeit des bestimmten Gerichts.

§. 55. In wie fern die Einrede des nicht kompetenten Gerichts eine wahre Einrede seyn könne, und wann der Beweis der Gerichtskompetenz mit dem Beweise der Hauptsache eins sey, und

§. 56. dennoch von demselben getrennt werden müsse.

§. 57. Einige besondere Bemerkungen.

§. 58. Fälle, in welchen das hinsichtlich der Klage kompetente Gericht, es hinsichtlich der Einrede nicht ist.

Zweiter Abschnitt.

Von den innerlichen Bedingungen eines auf eine Klage oder Einrede gestützten Antrags.

§. 59. Allgemeine Bemerkungen.

Erster Absatz.

Von der Gültigkeit einer aus dem menschlichen Willen erzeugten Thatsache.

§. 60. Weitere Eintheilung.

1. Mitwirkung des Willens bei der Handlung.

§. 61. Weitere Eintheilung.

§. 62. 1) Persönliche Fähigkeit der Willensäußerung.

§. 63. Wann die Handlung hiefür den Beweis enthalte.

§. 64. 2) Freiheit der Willensäußerung. Furcht und Zwang.

§. 65. 3) Ernstliche Willensäußerung. Einrede des Scheins.

§. 66. Einrede des Scherzes.

II. Aeußerliche Form der Willenshandlung.

§. 67. Weitere Eintheilung.

§. 68. a) Vom Beweise, daß eine Form vorgeschrieben sey.

§. 69. b) Vom Beweise ihrer Beobachtung.

§. 70. Fortsetzung.

Zweiter Absatz.

Von dem Beweis für den Inhalt einer Thatsache.

§. 71. Allgemeine Bemerkung.

§. 72. Weitere Eintheilung.

I. Zweiseitige Handlungen.

§. 73. 1) Gegenstand der Einwilligung.

§. 74. Irrthum und Betrug.

§. 75. 2) Verneinender Beweis bei Umstoßung eines Rechtsgeschäfts.

§. 76. 3) Gegenverbindlichkeit.

§. 77. Qualifizirtes Geständniß.

§. 78. 4) Zeit, Ort, Bedingung.

§. 79. 5) Vertragserfüllung.

§. 80. Allgemeine Bemerkungen.

II. Einseitige Handlungen.

§. 81. Versehen (Culpa.)

§. 82. Verzug (Mora.)

III. Natürliche Begebenheiten.

§. 83. Was hierüber zu bemerken.

Dritter Absatz.

Von der Beweislast bei der Negatorienklage.

§. 84. Meinungen der Rechtsgelehrten.

§. 85. Glück.

§. 86. Klötzer.

§. 87. Weber.

§. 88. Daß der Besitz keine Rechtsvermuthung begründe.

§. 89. Hufeland.

§. 90. Rechtfertigung seiner Meinung.

§. 91 – 92. Fortsetzung.

Einleitung.

§. 1.

Wer sein Recht vor Gericht suchen, oder gegen die Anmaßung eines Andern vertheidigen muß, der findet nicht selten an der Beweislast ein unübersteigliches Hinderniß, wodurch er den Sieg Rechtens verliert. Er wird abgewiesen, oder verurtheilt, nicht weil er wirklich Unrecht hat, sondern nur weil er sein Recht, oder seine Einrede gegen die Anforderung eines Andern nicht darthun kann, und den ihm entweder schon nach der Natur der Sache und dem Gesetze, oder nach einem richterlichen Er-

kenntnisse obliegenden Beweis nicht rechtsgenügend zu führen vermag.

Die Lehre von der Beweislast im bürgerlichen Prozesse ist demnach für den Richter eben so wichtig, als die Lehre von dem bürgerlichen Rechte selbst. Denn wenn der Richter die letzte kennen muß, um streitiges Recht richtig zu entscheiden: so muß er die erste ebenfalls kennen, um die Frage zu lösen, welche Parthei eine streitige Thatsache zu beweisen habe, und durch die Lösung dieser Frage wird bedingt auch schon über das Recht entschieden.

Es giebt zwar eine Prozeßgesetzgebung, nach welcher der Richter über die Beweislast kein besonderes Erkenntniß fällen darf.*) Allein wenn eine

---

*) Die preußische, und vielleicht bald auch die bayerische, wenn nämlich, wie zu wünschen ist, der von dem Herrn Appellationsgerichts-Direktor, jetzt geheimen

streitige Thatsache während der Prozeßverhandlungen unerwiesen blieb, so hängt das Endurtheil selbst, so ferne die Thatsache erheblich befunden wird, von der Frage ab, welche Parthei den Beweis dafür zu führen gehabt hätte, und es muß hierüber durch das Endurtheil mittelbar entschieden werden. Die Lehre von der Beweislast behauptet also ihre Wichtigkeit immerhin, die Prozeßgesetzgebung mag seyn, welche sie wolle.

§. 2.

So wichtig aber die Lehre von der Beweislast ist, so wenig läßt es sich behaupten, daß sie schon

---

Referendär v. Gönner verfaßte, bei Palm in Erlangen 1815 erschienene

Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen

die gesetzliche Heiligung erhält.

vollständig ins Reine gebracht sey. Viel hat zwar das juristische Publikum den Bemühungen des Herrn Professors Weber in Rostock, — wie bei manchen andern Gegenständen, so auch hinsichtlich dieser Lehre zu verdanken. Seine Abhandlung hierüber ist ohne Zweifel die beste und gründlichste, welche wir besitzen *). Aber neuere Schriftsteller weichen in den wichtigsten Punkten von seiner Meinung ab, und beweisen dadurch wenigstens so viel, daß diese Punkte noch keineswegs klar genug erörtert seyen, um allen Zweifel zu beseitigen. So hat der k. würt. Oberjustitzprokurator Herr Feuerlein **) den von Weber eingeschränkten Wirkungskreis der Vermuthungen wieder zu erweitern gesucht, und die

---

*) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Halle in der Regner. Buchh. 1805.

**) Archiv für Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums von Gönner, IV. Band, I. Heft. Landshut bei Krüll 1811.

Behauptung, daß auch verneinende Sätze zu beweisen seyen, hat neuerlich Herr Klötzer zu widerlegen sich bemüht *), obschon Weber bei Aufstellung dieser Behauptung die Meinungen der besten Schriftsteller für sich hat. So ist es auch eine ganz vorzügliche Streitfrage, welcher Parthei der Beweis bei der sogenannten Negatorienklage obliege, wenn der Beklagte sich im Besitze der Servitut befindet. Und auch hier hat Klötzer gegen Weber sich erklärt, — und hier hat Klötzer die Autorität wichtiger Schriftsteller für sich.

Eine weitere Untersuchung der Lehre von der Beweislast ist demnach keineswegs überflüssig. Vorzüglich bedürfen die genannten drei wichtigen Streitfragen, was nämlich die Vermuthungen wirken, ob auch verneinende Sätze bewiesen werden müssen,

*) Versuch eines Beitrags zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast. Jena bei Mauke 1813.

und wer bei der Negatorienklage, wenn der Beklagte besitzt, zu beweisen habe, einer nähern Beleuchtung, und besonders glücklich dürfte sich derjenige schätzen, welcher hierüber, und überhaupt über die ganze Lehre ein so helles Licht zu verbreiten vermöchte, daß es auch die Gerichtssäle beleuchtete. Denn nicht selten herrscht in denselben noch eine weit größere Dunkelheit über die Lehre von der Beweislast, als in den Schriften der Gelehrten, und nicht selten werden willkührliche Vermuthungen und unrichtige, oder schief angewandte Grundsätze in die Wagschale der Themis gelegt, wenn über die Beweislast entschieden werden soll.

Erste Abtheilung.

Von der Beweislast und der hierüber geltenden Regel im Allgemeinen.

Erster Abschnitt.

Ableitung der Regel: wem der Beweis obliege?

§. 3.

Wer als Kläger vor Gericht auftritt, der fordert etwas von dem Beklagten, sey es eine Leistung oder Unterlassung. In beiden Fällen muß er ein Recht zu der Forderung haben, vermöge dessen der Beklagte zu der geforderten Leistung oder Unterlassung gezwungen werden kann.

Rechte werden durch das Zusammenwirken des Gesetzes und der Thatsache erzeugt. Das Gesetz enthält nämlich bloß die Möglichkeit der Rechte und ihrer Entstehung, die wirkliche Entstehung aber hängt von der Thatsache ab, welche ent-

weder in einer äußerlichen Handlung, oder in einer sinnlichen Begebenheit, in einem vorhandenen Umstand, oder Verhältnisse bestehen kann.

Wer also vor Gericht klagend auftritt, der setzt zur Begründung seines Rechts erstens ein Gesetz, wenigstens ein natürliches, wenn auch nicht geschriebenes, und zweitens, eine Thatsache voraus. Ohne diese beiden Voraussetzungen kann Niemand ein Klagerecht haben.

§. 4.

Wenn der Beklagte das behauptete Recht des Klägers in Abrede stellt, folglich zwischen beiden ein Rechtsstreit vorhanden ist, so kann derselbe entweder nur die Folgerung des Rechts aus dem Gesetze, und der Thatsache, oder das Daseyn des Gesetzes, oder das Daseyn der Thatsache, oder auch alle diese Punkte zugleich zum Gegenstand haben.

Im ersten Falle, wenn nämlich die Partheien bloß über die Folgerung eines Rechts aus zugestandenen Gesetzen und Thatsachen uneins sind, muß der Richter den Streit ohne weiters entscheiden. Denn es bedarf hier nur eines Vernunftschlusses, um das rechtliche Erkenntniß zu finden, und zur Bildung dieses Vernunftschlusses, welcher lediglich aus der Unterstellung der Thatsache unter das Gesetz, und der Ziehung des hieraus entspringenden Schlusses besteht, ist eben der Richter berufen.

§. 5.

Im zweiten Falle, wenn über das Daseyn des Gesetzes gestritten wird, gilt in der Regel das nämliche, weil der Richter das Gesetz selbst kennen muß, und seine Kenntniß desselben nicht erst aus dem Streite der Partheein, und deren Beweisführung schöpfen darf.

Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn über ein vom Gesetzgeber nicht bekannt gemachtes Gesetz gestritten wird. Dahin gehören ausländische Gesetze, nicht publizirte Privilegien und Gewohnheitsrechte. Diese nicht notorischen Gesetze, wie ich sie der Kürze halber nennen zu dürfen glaube, ist der Richter zu kennen nicht schuldig. Er kann also über deren Daseyn den Beweis fordern, und ich glaube, daß er denselben sogar fordern müsse, wenn er auch hinreichende Kenntniß davon haben sollte. Denn diese Kenntniß, welche der Richter nicht schon vermöge seines Amtes besitzen muß, ist lediglich als eine Privatkenntniß desselben anzusehen, nach welcher sich eine Parthei richten zu lassen nicht schuldig ist.

Man könnte zwar sagen, daß der Richter auch von den im Lande offiziell bekannt gemachten Gesetzen nur eine Privatkenntniß habe, indem er dieselbe stets nur für sich, als Privater kennen lernen und studieren mußte. Allein abgesehen davon, daß ihm der Staat diese Gesetzeskenntniß schon mittelst der Anstellung, auch wenn sie ohne vorherige Prüfung geschehen wäre, selbst zuschreibt, und ihn

nach den öffentlich bekannt gemachten Gesetzen aus eigener Kenntniß zu urtheilen ermächtigt, als wodurch seine Privatkenntniß zur öffentlichen gestempelt wird; tritt doch noch der wichtige Unterschied zwischen dem notorischen Gesetze ein, daß die Parthei das erste eben so wie der Richter kennen kann, und daß auch für sie wie für den Richter die Bekanntmachung geschah, daß aber dieses sich bei dem nicht notorischen Gesetze ganz anders verhält, und dessen Kenntniß Niemanden zugemuthet werden kann. Wenn daher der Richter nach dem notorischen Gesetze urtheilt, so kann die Parthei nicht erst den Beweis desselben fordern. Urtheilt er aber nach dem nichtnotorischen, so nimmt er einen der Parthei unbekannten Maßstab an, und erscheint, wenn dieses nicht auf den Grund eines Beweises geschieht, als Zeuge. Der Richter darf also ein ihm bekanntes, aber nicht notorisches Gesetz so wenig, als eine ihm bekannte, aber unerwiesene Thatsache zum Grunde seiner Entscheidung nehmen. Vielmehr ist das nichtnotorische Gesetz in Bezug auf die Beweislast der Thatsache ganz gleich. Nur versteht es sich von selbst, daß ein solches Gesetz bloß insoferne, als es auf etwas Geschehenem und Sinnlichem beruht, vom Beweis abhängig gemacht werden dürfe, die Auslegung aber, und namentlich bei dem Gewohnheitsrechte, die Frage, ob aus den bisher vorgekommenen Fällen ein Gewohnheitsrecht gefolgert werden könne, stets der richterlichen Beurtheilung überlassen bleiben müsse.

§. 6.

Ist demnach im zweiten Falle das bestrittene Gesetz ein nicht notorisches, so gilt von demselben hinsichtlich der Beweislast das nämliche, was in dem oben angegebenen

Dritten Falle gilt, wenn nämlich über das Daseyn der Thatsache gestritten wird, und hier ist es offenbar, daß der Kläger allererst die Thatsache, wenn sie nicht etwa des Leugnens ungeachtet in den Akten eben so, wie das Gesetz durch die Bekanntmachung notorisch seyn sollte, rechsbehörig beweisen müsse. Denn da die Rechte beider Partheien gleich sind, und der Richter dem Kläger keinen größern Glauben als dem Beklagten schenken, folglich beim Widerspruch beider Partheien weder das Vorgeben der einen, noch auch das Vorgeben der andern ohne Beweis für wahr annehmen darf, so folgt nothwendig, daß der Richter dem Kläger, was er verlangt, ohne Beweis nicht zusprechen könne, sondern es vielmehr beim Alten lassen, und die Klage abweisen müsse. (Actore non probante reus absolvitur, etiamsi nihil reprobaverit.)

§. 7.

Hat der Kläger die nicht notorische Thatsache (worunter ich nun auch das nicht notorische Gesetz verstehe) rechtsgenüglich bewiesen, oder hat der Beklagte dieselbe eingestanden, so erscheint dieser, die Erheblichkeit der Thatsache vorausgesetzt, als schuldig, und es bleibt ihm nichts übrig, als entweder

der Forderung des Klägers sich zu fügen, oder demselben die Einrede entgegen zu setzen, daß das Recht der Forderung schon auf irgend eine Weise aufgehoben und erloschen sey.

Die Aufhebung und Erlöschung eines Rechtes ist gerade so, wie dessen Entstehung, durch das Zusammenwirken des Gesetzes und der Thatsache bedingt. Wird also dem Kläger die Einrede, daß sein Recht schon aufgehoben und erloschen sey, entgegengesetzt, was übrigens auch von einer theilweisen Erlöschung oder Einschränkung gilt: so muß derselbe ebenfalls, wenn nicht der Beklagte theilweis, oder ganz von der Klage entbunden werden soll, entweder die Folgerung der Erlöschung aus dem Gesetz und der Thatsache, oder das Gesetz, oder die Thatsache, oder alles dieses zugleich bestreiten. Ueber den Grund oder Ungrund der Folgerung, so wie über das Daseyn des notorischen Gesetzes entscheidet der Richter hier eben so, wie bei der Klage. Die Thatsache aber, und das nicht notorische Gesetz hat der Beklagte, dessen Einrede dadurch begründet werden soll, eben so zu beweisen, wie der Kläger die der Klage zu Grund liegenden Thatsachen und nicht notorischen Gesetze beweisen muß. Das ganze Verhältniß wird durch die Einrede umgekehrt, weil der Beklagte dadurch das Klagerecht angreift, um es zu zerstören, also Angreifer wird (Reus excipiendo fit actor.)

§. 8.

Hat der Beklagte den Beweis der Einrede geliefert, oder ist das, was er zu beweisen hatte, eingeräumt: so folgt nothwendig dessen Entbindung von der Klage.

Indessen ist es möglich, daß die Aufhebung des Klagerechts selbst wieder aufgehoben worden, d. h. daß das Klagerecht, nachdem es erloschen war, von neuem wieder aufgelebt sey, und eben so ist es möglich, daß dasselbe zum zweiten Mal ins Daseyn gerufen, zum zweiten Mal wieder vernichtet worden. Es läßt sich also eine Replik des Klägers, wodurch die Einrede vernichtet wird, und eine Duplik des Beklagten denken, wodurch die Replik entkräftet werden soll. Ja das Wiederaufleben und Wiedervernichtetwerden des Rechts kann öfter wiederholt worden seyn, weßhalb eine Triplik des Klägers, und eine Quadruplik des Beklagten als möglich gedacht werden müssen. Es kann also der Kläger, wenn die Einrede zugestanden oder bewiesen ist, zur Replik, der Beklagte, wenn die Replik außer Zweifel gesetzt ist, zur Duplik u. s. w. seine Zuflucht nehmen. Aber ein jedes Wiederaufleben, und ein jedes Wiedererlöschen desselben Rechts setzt immer neben dem Gesetze eine neue Thatsache voraus, weßwegen das nämliche Verhältniß der Partheien gegen einander, und derselbe Wechsel der Beweislast, welche bei der Klage und Einrede statt finden, auch bei der Replik und Duplik, bei der Triplik und Quadruplik sich immer wiederholen.

§. 9.

Aus dem bisher entwickelten Angriffs- und Vertheidigungsverhältniß beider Partheien bei einem Rechtsstreit ist es klar, daß der Kläger immer die Klage und Replik, der Beklagte die Einrede und Duplik u. s. w., oder genauer genommen die Thatsache mit Einschluß des nicht notorischen Gesetzes, wodurch die Klage, Einrede u. s. w. begründet ist, im Leugnungsfalle beweisen müsse.

Nimmt man nun noch die Sätze hinzu, welche erst in den folgenden Abschnitten näher erörtert und bewiesen werden, daß nämlich manche Thatsache vom Gesetze zwar vermuthet werde, dieses aber keine wahre Ausnahme von der Regel bilde, und daß manche Thatsache nur dann ein Recht oder dessen Erlöschung bewirke, wenn sie gewisse Merkmale, welche mit ihr wohl verbunden seyn können, **nicht** hat, so läßt sich nunmehr über die Beweislast folgende allgemeine Regel aufstellen:

Wer eine Klage oder Einrede, Replik oder Duplik vor Gericht geltend machen will, und nach der Lage des Prozesses geltend machen kann und muß, um zu siegen, der muß das zu deren Begründung erforderliche, rechtlich noch ungewisse Seyn der Thatsache und das ungewisse Nichtseyn der ihr widersprechenden Merkmale, so wie das nicht notorische Gesetz beweisen.

Diese Regel umfaßt das ganze Verhältniß der streitenden Partheien in Bezug auf die Beweislast und erschöpft alles, was sie erschöpfen soll. Sie ist auch mit Ausnahme des Zusatzes über den verneinenden Beweis, welcher weiter unten erörtert wird, klar und deutlich. Indessen mögen folgende Bemerkungen zur nähern Erläuterung dienen.

§. 10.

1. Die Nothwendigkeit der Beweisführung ist durch die Lage des Prozesses bedingt. Denn wenn die Klage nicht bewiesen wird, so bedarf es keines Beweises der Einrede. Bleibt die Einrede nach hergestellter Gewißheit der Klage vom Beweise entblößt, so ist die Replik, und deren Beweis überflüssig u. s. f. Umgekehrt kann aber auch der Beweis der Klage, wenn die Einrede zuerst bewiesen wird, oder der Beweis der Einrede, wenn zuvor die Replik gewiß gemacht ist, als überflüssig und unnütz hinwegfallen. Die Nothwendigkeit der Beweisführung hängt also davon ab, daß man, wie die Regel sagt, seine Klage, Einrede ꝛc. geltend machen will, und nach der Lage des Prozesses geltend machen kann, und, um zu siegen, geltend machen muß.

Ob übrigens der Beweispflichtige vor dem Antritt seines Beweises eine Beweisauflage, und wenn er Beklagter, oder Replikant ist, die Führung des Beweises für die Klage oder Einrede abwarten dürfe oder nicht, hängt von den besondern Bestim-

mungen einer jeden Prozeßgesetzgebung ab, und gehört nicht hieher.

§. 11.

2. Die Regel spricht, wie es sich von selbst versteht, nur von dem ersten oder Vorbeweis. Nur welche Parthei zuerst beweisen müsse, soll durch sie ausgedrückt werden. Nichts desto weniger ist der Gegenbeweis, wenn der erste geführt wird, eben so nothwendig, als dieser. Denn dessen Unterlassung zieht auf den Fall, daß der Vorbeweis gelingt, den Verlust des Prozesses eben so nach sich, wie die Unterlassung des Vorbeweises.

Indessen hat der Gegenbeweis den nämlichen Satz zum Gegenstand, welchen der Vorbeweis wahr machen soll; nur mit dem Unterschied, daß jener das Nichtseyn, wo dieser das Seyn, oder das Seyn, wo der Vorbeweis das Nichtseyn einer Thatsache bewähren will, zu bewahrheiten hat. Der Gegenbeweis wird deßwegen auch in keinem Prozesse einer Parthei auferlegt, weil es sich von selbst versteht, daß die nämliche Auflage, welche einer Parthei hinsichtlich des Vorbeweises gemacht wird, umgekehrt auch für die Gegenparthei zu gelten habe.

§. 12.

3. Nur Thatsachen, nicht aber Begriffe und Vernunftschlüsse können Ge-

genstand des Beweises seyn, weßwegen auch das nicht notorische Gesetz, wie schon bemerkt wurde, nur in so weit, als es Thatsache ist, bewiesen werden muß.

Da indessen keine Thatsache anders als in der Form eines Begriffes aufgefaßt und bewiesen werden kann: so ist es zur Vermeidung unnützer und unerheblicher Beweisführungen höchst nothwendig, daß der Angreifer *) immer den engsten Begriff, d. h. die Thatsache so bestimmt, als möglich, angebe, und zum Gegenstand seines Beweises mache. Sehr oft ist eine Thatsache unter den Partheien streitig, nicht weil eine jede einen verschiedenen Stoff derselben im Sinne hat, sondern nur, weil eine jede einen eigenen Begriff aus dem Stoffe bildet. So streiten sie z. B. ob eine Abtretung oder nur eine Anweisung einer Schuldforderung, (Cession oder Assignation) unter ihnen vorgegangen, ob ein Versehen verschuldet, ein Kauf oder ein anderes Rechtsgeschäft geschlossen worden sey, ohne diejenigen Worte, Zeichen, Handlungen, woraus diese Parthei den Begriff der Abtretung, des Versehens, des Kaufs, jene aber einen andern Begriff schöpft, näher anzugeben. Würde das letzte gehörig beobachtet, so würde der Richter selbst urtheilen können, ob das Geschehene eine Abtretung, ein Verse-

*) Unter Angreifer verstehe ich sowohl den Kläger hinsichtlich der Klage und Replik, als auch den Beklagten hinsichtlich der Einrede und Duplik.

hen, ein Kauf sey, oder nicht, ob und was folglich der Angreifer, wenn der Angegriffene das Geschehene leugnet, noch zu beweisen habe.

Allein wenn man sich, wie im gemeinen Prozeß, mit der unbestimmten Angabe der Thatsache begnügt, so bleibt freilich dem Richter nichts übrig, als den Beweis auch ohne nähere Bestimmung des Gegenstandes, z. B. bloß darüber, daß ein Kauf oder sonst ein Rechtsgeschäft geschlossen worden, ein Versehen vorgefallen sey u. dgl. aufzulegen, und der Beweisführer mag es sich selbst zuschreiben, wenn der Richter am Ende in den bewiesenen Thatsachen den zu beweisenden Begriff nicht findet, folglich den Beweis nicht wegen Mangel an Glaubwürdigkeit, sondern wegen Unerheblichkeit, worüber schon früher hätte entschieden werden können, verwerfen muß. Er mag es sich ferner selbst zuschreiben, wenn er sich am Ende mit der bestimmten Angabe der thatsächlichen Merkmale, wodurch seiner Sache eine andere Wendung hätte gegeben werden können, ausgeschlossen sieht, oder wenn der Zeuge seine auf zu weite Begriffe gerichtete Beweissätze verneint, weil auch er das Geschehene mit der Gegenpartheі, obwohl vielleicht irrig, mit einem andern Begriff bezeichnet.

Da indessen die Bestimmtheit oder Unbestimmtheit der Thatsache nicht so fast auf die Frage, wem der Beweis obliege, als vielmehr darauf, was bewiesen werden müsse, ihren Einfluß äußert, so enthalte ich mich hier einer nähern Ausführung, und

will nur noch beiläufig bemerken, daß ungeschickte, oder schikanöse Sachwalter vorzüglich beim Zeugenbeweis, und beim Eide mit unbestimmten Thatsachen ein gefährliches Spiel treiben, indem dadurch die Beurtheilung der Thatsache dem Richter entzogen, und dem Zeugen oder Schwörenden in die Hände gespielt wird.

Ganz kann dieses freilich nicht vermieden werden, wo nicht, wie beim Augenschein, die Thatsache dem Richter unmittelbar vorgelegt werden kann *), sondern schon in Begriffe gefaßt, vorgetragen werden muß. Aber man darf wenigstens keine solche Urtheile, welche eine besondere Kunst oder Wissenschaft voraussetzen, vom Zeugnisse, oder vom Eide des Layen abhängig machen. So wird man z. B. ein Zeugniß oder einen Eid der Parthei darüber annehmen müssen, ob etwas versprochen worden, oder eine gewisse Willenserklärung im Scherze oder Ernste geschehen sey; obwohl es möglich bleibt, daß der Richter, wenn das Versprechen oder die Erklärung mit den nämlichen Worten, dem nämlichen Tone, den nämlichen Geberden, den nämlichen Umständen, gerade so, wie sie geschah, vor ihm wiederholt würde, dieselbe Aeußerung, welche der

*) Auch die Urkunde bringt dem Richter die Thatsache unmittelbar unter das Gesicht, in so ferne man annehmen muß, daß die darin enthaltenen Worte die nämlichen seyen, welche gebraucht worden sind, um ein Recht zu bestimmen.

Zeuge, oder die Gegenparthei für ein verbindliches Versprechen erklärt, für kein Versprechen, oder bloß für Scherz erklären würde. Allein ob z. B. eine Perle, oder ein Edelstein ächt gewesen, oder ob ein Mensch wahnsinnig sey, und seinem Vermögen nicht vorstehen könne? diese und andere dergleichen Fragen kann man nicht der Beurtheilung nicht kunstverständiger Zeugen oder Partheien überlassen, wenn nicht beide Partheien hierüber einverstanden sind, sondern es müssen in diesen Fällen bloß faktische Merkmale erprobt, die Frage aber, ob hiernach das eine oder andere anzunehmen sey, durch Kunstverständige entschieden werden.

§. 13.

4. Nur rechtlich noch ungewisse Thatsachen bedürfen des Beweises.

Dieses ist von selbst klar. Fragt man aber was ohne Beweis rechtlich gewiß sey: so kann man nur das, was zugestanden wird, oder von der Obrigkeit öffentlich bekannt gemacht, oder aktenmäßig ist, hieher rechnen.

Hinsichtlich des ersten versteht es sich von selbst, daß ein nicht aktenmäßiges Geständniß, wenn es vor Gericht geleugnet wird, erst bewiesen werden müsse. Auch kann ein Geständniß, sey es gerichtlich oder außergerichtlich, nur von demjenigen benützt werden, zu dessen Gunsten dasselbe abgelegt ist.

Was zweitens auf einer obrigkeitlichen öffent-

lichen Bekanntmachung beruht, muß natürlich jede Parthei ohne Beweis anerkennen. Es ist notorisch. Dahin gehören nebst dem schon oben angeführten gehörig publizirten Gesetze, alle öffentlich bekannt gemachten Verfügungen der Gerichte.

Was drittens die Gerichtsakten enthalten, hat den öffentlichen Glauben für sich. Es ist ebenfalls notorisch. Freilich ist keine Parthei schuldig, einen in einer andern Sache, oder gegen eine andere, oder von einer andern Parthei geführten Beweis gegen sich gelten zu lassen, und eben so ist ein in einer andern Sache zwischen andern Partheien ergangenes Erkenntniß für sie in der Regel unverbindlich.*) Aber nichts desto weniger wird es durch die in einer Sache erwachsenen Akten vollständig gewiß, daß jener Beweis geführt, jenes Erkenntniß erlassen worden. Notorisch ist und bleibt alles Aktenmäßige. Jede Parthei muß daher wenigstens alles dasjenige, was nach den Akten g e s c h e h e n ist, ohne weitern Beweis, a l s w i r k l i c h g e s c h e h e n anerkennen, und was mit rechtlichen Folgen für sie, ohne ihre Beiziehung geschehen konnte, z. B. eine Ediktalladung, muß sie wider sich gelten lassen, ohne von der Gegenparthei erst den Beweis fordern zu können.

---

*) Eine Ausnahme machen die Erkenntnisse, wodurch über den S t a n d eines Menschen entschieden wird. L. 25. D. de statu hom. L. 1. §. fin. l. 2. l. 3, pr, de agnosc. et alend. lib. — L. 3. D. de collus. detegenda.

Man kann also den Begriff der Notorität für das, was von der Obrigkeit öffentlich bekannt gemacht ist, und für das Aktenmäßige, wohl beibehalten. Denn hiernach ist das Notorische von dem Bewiesenen (was nämlich die Parthei bewiesen hat) sehr verschieden, ohne darum mit dem was außergerichtlich bekannt, oder ortskundig ist, einerlei zu seyn. Letzteres kann allerdings, wie Weber richtig behauptet, den Beweis nicht ersetzen. *)

§. 14.

5. Eine weitere Erläuterung wird vorzüglich darüber erfordert, daß auch das ungewisse Nichtseyn der mit der zur Rechtsbegründung erforderlichen Thatsache im Widerspruch stehenden Merkmale bewiesen werden müsse.

Da aber dieser Erläuterung ein eigener Abschnitt gewidmet werden mußte; so ist hier nur vorläufig der Satz aufzustellen,

> daß das Nichtseyn einer Thatsache oder eines thatsächlichen Merkmals nur in so ferne, als die Entstehung oder Erlöschung eines Rechts ursprünglich dadurch bedingt ist, nicht aber auch in so ferne, als nur deren Reife und Vollendung davon ab=

---

*) Seite 44 und folg.

hängt, von dem Angreifer bewiesen werden müsse,

der Beweis und die weitere Ausführung dieses Satzes aber bleibt dem dritten Abschnitte vorbehalten.

Zweiter Abschnitt.

Vergleichung der aufgestellten Regel mit dem gemeinen Rechte, und den bisherigen Regeln der Gelehrten.

---

§. 15.

Das römische Recht giebt die Regel:

ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*).

Versteht man unter dem Ausdruck: dicere, die Behauptung der Thatsachen und Bedingungen, von welchen eine Klage oder Einrede abhängt, im Allgemeinen: so trifft diese Regel im Wesentlichen mit der hier aufgestellten zusammen. Denn unter dieser Voraussetzung ist der Kläger hinsichtlich der Klage, der Beklagte aber hinsichtlich der Einrede der Behauptende. Folglich muß jener die Klage, dieser die Einrede, oder eigentlich die zu deren Begründung behauptete Thatsache beweisen.

---

*) L. 2. D. de probat.

So ist die römische Regel auch offenbar zu verstehen, denn

„semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit“ *) und? in exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi debere, ipsumque exceptionem, veluti intentionem implere.“ **)

Selbst die verneinende Behauptung läßt sich unter dem Worte dicere begreifen, sobald es gewiß ist, daß dieselbe zu den Bedingungen gehören könne, wodurch eine Klage oder Einrede begründet wird. Denn diese Bedingungen, sie mögen bejahend oder verneinend seyn, sind es eben, welche der Kläger hinsichtlich der Klage, der Beklagte aber hinsichtlich der Einrede behauptet. Natürlicherweise folgt dann aus dieser Regel, daß derjenige, welcher die Behauptung des Klägers, oder des Beklagten leugnet, nicht zu beweisen habe, „quod negantis per rerum naturam probatio nulla sit“, wie das Gesetz anderswo sagt. Hierüber wird das Nähere im folgenden Abschnitt vorkommen. Hier ist es genug zu zeigen, daß die aufgestellte Regel sich von der gesetzlichen bloß durch eine größere Bestimmtheit unterscheide.

§. 16.

Wenn man von dem Streit über den Beweis der Verneinung, und über die Befreiung von der

---

*) L. 11. D. de probat.

**) L. 19. pr. ibid.

Beweislast durch Vermuthungen, welche beide Punkte in den folgenden Abschnitten behandelt werden, hinwegsieht, so sind auch die Schriftsteller im Wesentlichen mit der aufgestellten Regel einverstanden. Die Verschiedenheit unter denselben betrifft lediglich den Ausdruck, und die bestimmte Fassung der über die Beweislast aufzustellenden Regel.

Mehrere haben ihre Regel dem Gesetze: „ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat" mit mehr oder weniger Erläuterung nachgebildet *). Andere haben vorzüglich auf die Thatsache, welche zur Begründung eines Antrags erfordert wird, Rücksicht genommen, und folglich unter verschiedenen Ausdrücken jeder Partbei den Beweis der zur Begründung ihres Antrags gehörigen Thatsachen auferlegt **). Auch wurde zuweilen bei Bildung einer Regel das

---

*) Mathaeus Wesenbeck in pandectas juris civ. commentarii. Francofurti ad Moen. 1630 ad lib. XXII. Tit. III. de probat. nro. 6.
Hellfeld juris prud. forens. §. 1153.
Joh. Hier. Herrmann, kurz gefaßter Entwurf des Beweises. Jena 1746. Kap. I. §. 25 — 28.
Schneider, vollständige Lehre vom Beweis. S. 419.
Böhmer, jus eccl. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. XIX. §. 3. seq.

**) Heineccius elementa juris civ. secundum ord. pand. Lib. XXII. Tit. III. §. 120.
v. Tevenar, Theorie der Beweise im Civilprozeß. §. 26.
Gönner, Handbuch des gem. teutsch. Prozesses. Bd. II. Abth. XXXII. §. 16.

weitere römische Gesetz: „semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit, und: in exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi debere“ zum Grunde genommen, folglich dem Kläger hinsichtlich der Klage, dem Beklagten hinsichtlich der Einrede u. s. w., der Beweis aufgebürdet *), und diesen Ausdruck haben auch manche ihrer Regel, daß der Behauptende beweisen müsse, beigefügt **).

Die Regeln meiner Vorgänger alle, oder auch nur größtentheils wörtlich anzuführen, wäre überflüßig, da eines Theils die Verschiedenheit nur im Ausdrucke herrscht, und ich das „in verbis simus faciles, dummodo conveniamus in re“ gerne gelten lasse, andern Theils aber schon Weber seine Vorgänger geprüft, und einige Unbestimmtheiten, welchen er durch seine neue Regel abzuhelfen suchte, bemerklich gemacht hat ***). Es wird also hinreichen, wenn ich bei Webers Regel noch etwas verweile.

Grolmann, Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 816.
Gg. Chph. Peisker, dissert. de negatione. Altd. 1677. p. 12.
Weber, von der Verbindlichkeit der Beweisführung. rc. S. 154.

*) Joseph Mascard, conclusiones probationum. Francf. et Lips. 1731. Quest. 17.
Thibaut, Pandektensystem. §. 841.

**) J. B. Herrmann und Heineck.

***) Bei Weber sind auch noch die Meinungen einiger andern Schriftsteller, welche zu benützen ich nicht Gelegenheit hatte, nachzulesen, als:

§. 17.

Weber giebt folgenden Grundsatz als Regel an: „Wer ein Recht, oder eine Befreiung von Rechten oder Anmaßungen Anderer ganz oder zum Theil vor Gericht geltend zu machen sucht, ist schuldig, die noch ungewissen Thatsachen, deren Wahrheit das Recht, oder die Befreiung nothwendig voraussetzt, zu beweisen.“

Unter Befreiung von Rechten versteht Weber die Entgegensetzung besonderer Ursachen, wodurch

---

Schierschmidt allgemeine Regel, wer von den streitenden Partheien bei einem Rechtshandel den Beweis zu übernehmen habe. Erlangen, 1754. 4.

Martin, Lehrbuch des gem. bürgerl. Prozesses.

Metzger, dissert. de onere probandi et causis, quae litigantem ab eo immunem reddunt. Altd. 1800.

Pfeiffer, vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen und röm. Privatrechts. Marburg, 1803. III. 3.

Specht, dissert. de insufficientia regul. affirmanti incumbit probatio, deque alia in ejus locum substituenda. Hal. 1781.

Fulvius Paccianus, Tractatus, qui incumbat onus probandi.

Auch findet man in

Gönners Handb. a. a. O.

Sibeth Skizze einer neuen Theorie der Klagen. Rostok, 1799. umständlich angezeigt.

ein gegenüber begründetes Recht wieder aufgehoben, unwirksam oder eingeschränkt geworden ist; also eine wahre Einrede, oder Duplik. Seine Regel stimmt demnach mit der hier aufgestellten überein. Ja man sieht leicht, daß die letzte der ersten nachgebildet ist. Indessen fand ich folgende Abänderungen und nähere Bestimmungen nöthig.

1. Der Ausdruck: Befreiung von Rechten bezeichnet genau genommen allerdings ein Freigewordenseyn, also eine Einrede, oder Duplik. Allein man versteht darunter häufig nur ein bloßes Freiseyn, welches der Beklagte auch ohne Einrede, durch bloßes Leugnen, folglich ohne einen Beweis nöthig zu haben, geltend machen kann. Ich wählte also lieber den Ausdruck: wer eine Klage, oder Einrede, Replik oder Duplik geltend machen will, muß beweisen.

2. Der Ausdruck: wer ein Recht geltend zu machen sucht, deutet nach Weber darauf hin, daß die Klage oder Einrede u. s. w. nicht immer, sondern nur in so ferne erwiesen werden müsse, als es nach der Lage des Prozesses darauf ankommt. Allein hiefür ist der gedachte Ausdruck nicht ganz hinreichend, sondern es müßte, wie bereits oben vorkam (§. 10.) beigesetzt werden: und nach der Lage des Prozesses geltend machen kann, und muß, um zu siegen.

3. Die Wortfügung: deren Wahrheit das Recht voraussetzt, ist offenbar zweideutig, und erschwert das Verständniß der Regel, indem das

Wort Wahrheit eben sowohl, als das Wort Recht der Nennfall (Nominativ) seyn kann. Ich suchte also die Regel so zu fassen, daß diese Wortfügung vermieden würde.

4. Wenn man sagt, daß eine Thatsache bewiesen werden müsse, wovon das Recht abhängt: so versteht man hierunter wohl nur den Beweis für das Seyn, nicht aber auch einen Beweis für das Nichtseyn der Thatsache. Webers Regel scheint daher den Beweis der Verneinung auszuschließen, obwohl dieses seine Absicht nicht ist. Man könnte zwar unter der Thatsache alles faktische Seyn und Nichtseyn verstehen, welches zur Rechtsentstehung erfordert wurde. Allein dieser Begriff reiht sich nicht von selbst an den Ausdruck: Thatsache an. Ich fügte also in Bezug auf den Beweis der Verneinung eine nähere Bestimmung hinzu, und zwar in einer Fassung, welche im folgenden Abschnitt gerechtfertiget wird.

5. Endlich schien es mir rathsam, bei Abfassung der Regel auch auf das nicht notorische Gesetz Rücksicht zu nehmen. Denn obschon das nicht notorische Gesetz auch eine ungewisse Thatsache genannt werden kann: so ist es doch im engern Sinne dem Begriff der Thatsache entgegengesetzt, weßhalb die Regel, daß nur ungewisse Thatsachen zu beweisen seyen, an daß nicht notorische Gesetz keineswegs erinnert.

Mehr über die genaue und bestimmte Fassung einer Regel, worüber man im Wesentlichen einver-

standen ist, anzuführen, halte ich für überflüssig. Die Hauptstreitfragen sind, ob auch verneinende Sätze zur Thatsache, wodurch eine Klage oder Einrede begründet werden soll, zu rechnen seyen, und ob nicht Vermuthungen eine Ausnahme von der Regel nöthig machen, ob folglich nicht die Bestimmung hinsichtlich der Verneinung aus der Regel weggelassen, und dagegen eine Ausnahme wegen der Vermuthungen darin aufgenommen werden solle.

Diese beide Fragen sollen nun in den folgenden Abschnitten näher untersucht werden.

Dritter Abschnitt.

Vom Beweise verneinender Sätze.

---

§. 18.

Die Gesetze enthalten an mehreren Stellen die bestimmte Aeußerung, daß **demjenigen, welcher eine Thatsache leugne, nach der Natur der Sache kein Beweis obliege** *). Ja das kanonische Recht giebt es deutlich zu verstehen,

---

*) „Cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit." L. 23. C. de probat.

daß derjenige, welcher ein Faktum leugnet, nicht nur nach der Natur der Sache aller Beweisführung überhoben sey, sondern daß auch der Beweis dieses Leugnens direkt gar nicht geführt werden könne.

Mehrere Rechtsgelehrte stimmen dem kanonischen Rechte vollkommen bei *). Andere dagegen, und zwar die meisten und angesehensten behaupten, daß auch ein verneinender Satz direkt erwiesen werden könne, und zuweilen, wenn nämlich der Antrag einer Parthei davon abhange, und Klage oder Einrede dadurch begründet werden soll, ebenso wie der bejahende Satz erwiesen werden müsse **).

„Cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio. Cap. 11. X. de prob. und Cap. 23. X. de elect.

Man sehe auch Cap. 12. X. de prob. und Cap. 1. de Confess. in 6to.

*) Francisc. Alef, dissert. de eo, quod justum est circa probandam negativam — in seinen diebus academicis. Heidelb. 1753.

Klötzer in der oben §. 2. angezeigten Schrift.

Andere, wie Masquard, Wesenbeck, Hellfeld — oben §. 16. — nehmen zwar den Satz an: „affirmanti incumbit probatio, non neganti," aber nicht ohne Ausnahme, folglich nicht im Sinne des kan. Rechts.

**) Hieher gehören vorzüglich:

Aymon Cravetta, Consiliorum sive respons. tomi prior. 1a, 2da et 3tia pars. Francof. ad Moen. 1611. Consil. 112. n. 6.

Ich würde die Streitfrage im Allgemeinen für entschieden annehmen, wenn nicht erst neuerlich Klötzer gegen die Arbeiten eines Gönner und Weber die Meinungen des kanonischen Rechts wieder zu vertheidigen gesucht hätte. Aber auch hievon abgesehen ist meines Erachtens die Sache noch keineswegs so klar und überzeugend vorgetragen, als sie es verdient. Insbesondere herrscht über die Frage: was für Verneinungen denn eigentlich zur Begründung eines Klagrechts, oder einer Einrede gehören können, und erwiesen werden müssen, noch das größte Dunkel. Ich will also die Möglichkeit eines verneinenden Beweises klar darzulegen, und die Nothwendigkeit desselben genauer, als bisher geschah, unter Berücksichtigung der neuen Klötzer'schen Arbeit zu erörtern suchen. Es wird sich dadurch zeigen, daß Klötzer und seine Vorgänger doch nicht so ganz Unrecht haben.

Samuel de Cocceji, jus controversum civile. Francof. et Lips. 1714.

Trier de onere probandi negantibus incumbent. Francof. 1778.

Westphal, von dem rechtlichen Beweise einer Verneinung in den Halleschen wöchentl. Anzeigen v. J. 1780. N. 36 und 37.

Nettelbladt jurisprudentia posit. germ. comm. §. 104.

Dann:

Metzger, Böhmer, Gönner und Weber in den oben angezeigten Schriften.

§. 19.

I. Möglichkeit des verneinenden Beweises.

Wenn man zuvörderst den Beweis einer Verneinung ohne alle Beschränkung auf Zeit und Ort verlangt: so ist dieser Beweis freilich ganz unmöglich. Denn wie könnte man darthun, daß eine gewisse Thatsache nie, zu keiner Zeit, und an keinem Orte geschehen sey? Zeit und Raum sind unendlich. Wer will mit seinem Beweise das Gebiet der Unendlichkeit ausmessen? Die Nothwendigkeit eines solchen Beweises ist aber auch gar nicht denkbar.

Dagegen kann es wohl im Prozesse zuweilen darauf ankommen, daß etwas in einem gewissen Zeitraum, z. B. während der Lebenszeit eines Menschen, oder innerhalb eines gewissen örtlichen Raums, z. B. in dem Bezirke, welchen ein Mensch in seinem Leben nicht überschritten hat, nicht geschehen sey. Bei einer solchen Beschränkung der Zeit und des Raums auf einen gewissen Grad ihrer Ausdehnung wird der Beweis einer Verneinung nach Umständen schon möglich. So getraue ich mir z. B. den rechtsgenüglichen Beweis zu liefern, daß ich in meinem Leben nie in Paris war, denn ich werde über jeden Zeitraum meines Lebens, in welchem ich von meinem jedesmaligen Aufenthaltsort aus nach Paris hätte kommen können, Zeugen aufzuführen im Stande seyn, welche wissen, daß ich nicht so lange abwesend war, um nach Paris zu reisen, oder welche,

wenn auch nicht für jeden Tag, doch wenigstens für jede Woche meinen Aufenthalt da oder dort bekunden können.

Vollkommen möglich aber, und zwar eben so leicht möglich als der Beweis für das Seyn einer Thatsache, wird der Beweis für das Nichtseyn derselben, wenn von einer gewissen auf einen bestimmten Zeitpunkt, und auf einen bestimmten Ort beschränkten Thatsache die Rede ist. Zwar sagt Klötzer, daß das Nichts, oder das Nichtseyn einer Thatsache kein Gegenstand sinnlicher Wahrnehmung sey. Allein dasselbe ist doch ein Nichtgegenstand sinnlicher Wahrnehmung, d. h. man kann wahrnehmen, daß eine Thatsache zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Ort nicht sey. Ich gehe z. B. mit gesunden Sinnen in einen Conzertsaal. Ich höre nichts, und sehe keinen Menschen. Offenbar nehme ich so viel wahr, daß kein Mensch, und keine Musik im Saale ist.

Dieses Nichtseyn der Thatsache läßt sich eben so wohl als deren Seyn durch Urkunden, Zeugen, und Eide beweisen, weil die nämlichen Sinne, womit das Seyn aufgefaßt wird, auch das Nichtseyn bekunden. Mein Gehör z. B. überzeugt mich eben so sicher und gewiß von dem Nichtseyn einer Musik, als es mich von deren Seyn überzeugt. Und so verhält es sich mit allen Sinnen. Ueberhaupt heißt etwas sinnlich wahrnehmen nichts anders, als etwas auf das Zeugniß der Sinne für wahr annehmen. Das Nichtseyn eines etwas aber nimmt

man da, wo man es nicht sieht, hört ꝛc. eben so für wahr an, als das Seyn desselben, wenn man es sieht oder hört. Jenes wird also so gut, als dieses wahrgenommen.

§. 20.

Wird der Beweis eines verneinenden Satzes in der Art, wie eben gezeigt wurde, unmittelbar auf das Nichtseyn der Thatsache gerichtet: so ist dieser Beweis keineswegs ein indirekter, wie Klötzer und sein Vorgänger zu glauben scheinen. Indirekt ist nach Klötzers eigenem Ausdruck der Beweis über die Negative nur dann, wenn eine die Negative ausschließende Affirmative gesetzt wird. Wenn also die Zeugen bekunden, daß sie den Titus an einem gewissen Tage, an einem bestimmten Orte gesehen haben: so ist es indirekt bewiesen, daß Titus an diesem Tage nicht an einem andern mehrere Tagreisen davon entfernten Orte gewesen sey, denn es wird eine diese Verneinung nothwendig ausschließende Affirmation gesetzt. Allein, wenn dagegen die Zeugen behaupten, daß sie den Titus zu einer bestimmten Zeit, und an einem bestimmten Orte nicht gesehen haben, obwohl sie an diesem Orte zu der nämlichen Zeit gegenwärtig waren, so liegt hierin offenbar ein direkter Beweis über das Nichtdaseyn des Titus am gedachten Ort zu der benannten Zeit. Das Nichtdaseyn des Titus wird hier nicht aus einer andern Thatsache geschlossen, sondern es ist

von dem Zeugen unmittelbar wahrgenommen und bekundet.

Zwar scheint Klötzer dasjenige Etwas, welches in der Sinnenwelt auch bei nicht wahrgenommener Thatsache übrig bleibt, im Sinne zu haben, wenn er behauptet, daß der Zeuge denn doch die Kenntniß alles dessen, was in einer bestimmten Zeit, und in einem bestimmten Raume vorgefallen sey, haben müsse. Allein dieses Uebrigbleibende ist nicht immer ein der verneinten Thatsache entgegengesetztes, sie ausschließendes Positives, von welchem auf das Nichtseyn der Thatsache geschlossen werden könnte. So muß freilich der Zeuge, welcher den Titus zu einer gewissen Zeit in einem bestimmten Zimmer nicht gesehen zu haben behauptet, doch wenigstens das Zimmer, und was etwa sonst darin war, gesehen haben. Allein nicht darum, weil er das Zimmer, und andere darin befindliche Gegenstände sah, ist es schon gewiß, daß Titus nicht darin gewesen sey, sondern das Nichtdaseyn des Titus, dessen Anwesenheit sich mit dem Zimmer und andern darin befindlichen Gegenständen wohl vertragen hätte, folgt nur daraus, daß ihn der Zeuge nicht sah. Ja es ist möglich, daß der Zeuge mit dem Sinne, welcher ihn von dem Nichtseyn der Thatsache überzeugte, weiter gar nichts wahrgenommen habe, daß folglich neben dem Nichtseyn der Thatsache für den bestimmten wahrnehmenden Sinn gar nichts Positives vorhanden gewesen, und wahrgenommen worden sey. Dieses ist z. B. der Fall mit der Musik.

Wenn der Zeuge in dem Conzertsaale auch gar nichts hörte; so ist es schon gewiß, daß keine Musik da war. Es ist keineswegs nothwendig, daß derselbe etwas Anderes gehört habe. Dieses Andere ist ganz gleichgültig, sobald der Zeuge bekundet, daß er dasjenige, dessen Nichtseyn bewiesen werden soll, nicht wahrgenommen habe.

Es kann freilich der indirekte Beweis des Nichtseyns mit dem direkten öfters von selbst sich verbinden. Wenn z. B. der (kunstverständige) Zeuge aussagt, daß eine gewisse Uhr nicht von Gold, sondern nur von Silber sey: so ist der Beweis ein indirekter, weil eine silberne Uhr wahrgenommen wurde, welche eben darum, weil sie silbern ist, nicht golden seyn kann. Der Beweis ist aber auch zugleich ein direkter, weil das Gold nicht wahrgenommen wurde, und die Uhr schon darum nicht golden seyn kann, weil man kein Gold an ihr gesehen hat.

Diese Verbindung beider Beweise ergiebt sich nicht immer von selbst, sondern ein jeder kann für sich bestehen, und beide sind bei dem verneinenden Satze eben so wohl möglich, als bei dem bejahenden, sobald von einer genau auf Zeit und Ort beschränkten Thatsache die Rede ist.

§. 21.

II. Nothwendigkeit des verneinenden Beweises.

Es ist bisher nachgewiesen worden, daß der Beweis einer Verneinung, wenigstens, wenn der-

selbe auf Zeit und Ort beschränkt ist, eben so wohl möglich sey, als der Beweis der Bejahung. Allein es fragt sich nun, ob dieser Beweis auch rechtlich nothwendig seyn könne? Klötzer behauptet, daß das Nichts, die nakte Negation kein Rechtssubstrat sey, von welchem ein Recht abhängen könnte, daß folglich der Beweis der Verneinung, wäre er auch möglich, ganz unnütz sey, und Niemand auferlegt werden könne.

Wäre diese Meinung, daß die nakte Negation kein Rechtssubstrat, oder genauer genommen, kein Rechtsgrund seyn könne, (denn auf das Rechtssubstrat als Rechtsgegenstand gedacht kommt es hier nicht an) vollkommen richtig, so würde freilich Niemandem der Beweis einer Verneinung auferlegt werden können. Aber unnütz wäre ein solcher Beweis doch nicht, sondern er würde immer noch, wie es auch die tägliche Erfahrung zeigt, als Gegenbeweis eine wichtige Rolle spielen, und zur Entkräftung des für die Bejahung geführten Beweises sehr nützlich seyn. Hätte z. B. eine Parthei durch zwei Zeugen dargethan, daß Titus ein (indessen verloren gegangenes) Testament an seinem Todestag zu ihren Gunsten gemacht habe: so würde es doch wohl der Gegenparthei sehr wohl zu statten kommen, wenn sie ebenfalls zwei Zeugen aufführen könnte, welche an des Erblassers Sterbetag nicht von dessen Seite gekommen zu seyn, und von einer Testamentsmachung nichts bemerkt zu haben behaupteten.

Allein der Beweis einer Verneinung ist nicht bloß als Gegenbeweis sehr nützlich, sondern er ist auch zuweilen als Vorbeweis (oder erster Beweis) nothwendig, mithin zur Beweisauflage geeignet, und die Behauptung, daß die nakte Negation kein Rechtssubstrat (Rechtsgrund) sey, von welchem ein Recht abhängen könnte, ist im Allgemeinen eben so unrichtig, als die Behauptung, daß der Beweis der Verneinung unmöglich sey.

§. 22.

Es ist zwar ganz klar und gewiß, daß aus Nichts Nichts werden, und folglich auch das Nichtseyn einer Thatsache nicht als die positiv wirkende Ursache eines Rechts, oder einer Aufhebung desselben angesehen werden könne. Allein das Nichtseyn einer Thatsache kann doch die Entstehung oder Vollendung eines Rechts bedingen, so daß dasselbe, wäre die Thatsache vorhanden gewesen, nicht hätte entstehen, oder vollendet werden können. So entsteht durch die Zahlung einer Nichtschuld ein Recht auf die Zurückforderung des Bezahlten, wenn der Zahlende zur Zahlung nicht verbunden war. So kann der Besitzer eines Grundstücks über das Grundstück seines Gränznachbars eine Fuhr fordern, wenn er sonst keine Fuhr hat. So erhalten die nächsten Verwandten eines Verstorbenen ein Erbrecht auf dessen Nachlaß, wenn derselbe keine andere Erben durch eine letzte Willensverordnung ernannt hat. So kann derjenige, welchem etwas un-

ter einer negativen Bedingung versprochen worden, die Erfüllung des Versprechens nur dann fordern, wenn die Bedingung nicht eintritt. In allen diesen und ähnlichen Fällen entspringt zwar das Recht aus irgend einem Seyn, aber nur unter der Bedingung irgend eines Nichtseyns, von welchem theils schon die ursprüngliche Entstehung, theils die Reife und Vollendung des Rechts abhängt. Eine positiv wirkende Ursache, eine Handlung, Begebenheit, faktisches Verhältniß, kurz eine Thatsache muß jederzeit vorhanden seyn, wenn ein Recht entstehen soll, aber die Wirksamkeit der rechtserzeugenden Thatsache ist dadurch bedingt, daß eine andere Thatsache, wodurch die Rechtsentstehung, oder Vollendung gehindert würde, nicht sey, oder nicht eintrete.

Auf diese Weise kann das Nichtseyn einer Thatsache, zwar nicht als wirkende Ursache, aber doch als nothwendige Bedingung zum Rechtsgrunde gehören, und einen wesentlichen Bestandtheil desselben ausmachen.

§. 23.

Ist das Nichtseyn einer Thatsache die nothwendige Bedingung irgend einer Rechtsentstehung oder Rechtsvollendung, so scheint es keinem Zweifel zu unterliegen, daß dasselbe von demjenigen, dessen Klage oder Einrede davon abhängt, eben so wie die positivwirkende Ursache des Rechts erwiesen werden müsse. Denn das Seyn der Thatsache ist nicht we-

niger möglich, als deren Nichtseyn, und der Richter ist beiden Partheien gleichen Glauben schuldig.

Zwar ist der Beweis des Nichtseyns, wie schon bemerkt wurde, in dem Grade unmöglich, in welchem es an der Orts- und Zeitbestimmung der Thatsache fehlt, und es scheint, daß man einen unmöglichen Beweis schon nach der Natur der Sache nicht fordern könne. Allein die Unmöglichkeit eines Beweises darf nicht dem Angegriffenen, sondern nur dem Angreifer, weil dieser der Beweispflichtige ist, zum Nachtheil gereichen. Letzterer kann also von seiner Pflicht nicht schon darum, weil deren Erfüllung im einzelnen Falle unmöglich ist, losgezählt werden. Man würde ihm sonst oft auch den bejahenden Beweis erlassen müssen, denn auch dieser ist nicht selten unmöglich.

Eben so ungegründet ist der Einwand, daß die unveränderte Fortdauer eines Zustandes, folglich auch das Nichtseyn einer Thatsache vermuthet werden müsse. Die Vermuthung gründet sich, wie hier einstweilen vorausgesetzt werden kann, auf Wahrscheinlichkeit. Die meisten Veränderungen aber in der Sinnenwelt sind von der Art, daß die Wahrscheinlichkeit mehr für, als gegen sie streitet. So ist es keineswegs wahrscheinlich, daß der Zustand der gegenwärtigen Witterung auch nur einige Wochen lang unverändert bleiben, daß ein vermöglicher, heirathsfähiger Mann nicht heirathen, der Gatte nicht Vater werden sollte, u. dgl.

§. 24.

So klar dieses alles ist, so läßt es sich doch nicht behaupten, daß ein jedes das Recht bedingende Nichtseyn der Thatsache ohne Ausnahme erwiesen werden müsse, sondern es kommt alles darauf an, wie das Recht durch das Nichtseyn der Thatsache bedingt sey, und wie sich dieses Nichtseyn zum Rechtsgrund verhalte? — Eine Frage, welche bisher noch unerörtert gelassen wurde.

Um die Nothwendigkeit dieser Erörterung zu fühlen, darf man nur einen Blick in das Gebiet der Wirklichkeit werfen. A fordert, um bei den bisherigen Beispielen stehen zu bleiben, von B die Herausgabe einer Erbschaft, weil er des Verstorbenen Bruder, und daher Intestaterbe sey. B behauptet, daß der Erblasser Kinder, oder ein Testament, hinterlassen habe, folglich der Kläger nicht nächster, oder gar nicht Intestaterbe seyn könne. Das Erbrecht des Klägers hängt davon ab, daß keine Kinder, und kein Testament des Erblassers vorhanden seyen. Soll man demselben nun den Beweis über das Nichtvorhandenseyn der Kinder und des Testaments auflegen? Oder A fordert ein ihm unter der Bedingung, daß er sich bis zur Zeit des Anfalls keines Verbrechens schuldig mache, zugesichertes Legat. Der Erbe will nicht glauben, daß A kein Verbrechen begangen habe. Soll Letzterer hiefür den Beweis übernehmen?

Schwerlich wird der Geschäftsmann diese Fragen bejahen, obwohl das Nichtseyn einer Thatsache

in diesen und ähnlichen Fällen eine nothwendige Bedingung des Klagerechts ist.

Weniger Anstand dagegen wird der Richter nehmen, dem Kläger den Beweis für das Nichtseyn der Thatsache aufzulegen, wenn derselbe z. B. als Erbe Jemanden eine gewisse Summe ausbezahlt hat, in der Meinung, daß sein Erblasser diese Summe versprochen habe, nun aber diese Summe zurückfordert, weil sie nicht versprochen gewesen sey. Oder wenn der Besitzer eines Grundstücks keine Fuhr zu haben vorgiebt, und deßhalb die richterliche Bestellung einer Fuhrgerechtigkeit fordert. Worin liegt der Unterschied? Ohne Zweifel darin, daß, wie im vorigen §. bereits angedeutet wurde, in den zwei ersten Fällen nicht die ursprüngliche Entstehung des Rechts, sondern nur dessen Reife und Vollendung, in den zwei letzten Fällen aber die ursprüngliche Entstehung des Rechts von dem Nichtseyn eines Umstandes — einer Thatsache abhängt.

Allein sollte dieser Unterschied auch in der Beweispflichtigkeit einen Unterschied begründen, und der Angreifer das Nichtseyn der Thatsache, wovon die Reife seines Rechts (oder seiner Einrede) abhängt, nicht beweisen dürfen, während er das Nichtseyn, wodurch die ursprüngliche Rechtsentstehung bedingt ist, beweisen muß? Ich glaube ja, und suche meine Meinung näher zu begründen.

§. 25.

Wer ein Recht geltend machen will, der muß zwar beweisen, daß dieses Recht wirklich entstanden sey. Aber weiter hat er keine Beweislast. Daß das einmal entstandene Recht wirklich noch fortdauere, darf er nicht bewahrheiten, nicht weil diese Fortdauer, welche nach Umständen sehr unwahrscheinlich seyn kann, vermuthet wird, sondern weil es in der Natur der Sache liegt, daß derjenige, welcher einmal als verpflichtet erscheint, seiner Pflicht genügen muß, in so ferne derselben nicht schon genügt, oder sonst die Rechtskraft benommen ist, dieses zu beweisen aber dem Beklagten und Angegriffenen obliegt.

Nun kann zwar derjenige, welcher ein unter der negativen Bedingung entstandenes Recht hat, dieses Recht nicht eher klagend verfolgen, als bis es gewiß ist, daß die negative Bedingung nicht eintrat. Allein der Nichteintritt der negativen Bedingung, oder überhaupt der Thatsache, von deren Nichtseyn nur die Reife und Vollendung eines ursprünglich schon entstandenen Rechtes abhängt, trägt zu der Entstehung, und selbst zu der Reife und Vollendung des Rechts mehr bei. Die wirkende Ursache, wodurch das Recht nicht nur entstand, sondern nothwendig auch zur Reife gedeihen muß, wenn nur keine entgegenwirkende Ursache inzwischen tritt, ist schon in der ersten ursprünglichen Thatsache enthalten. Der Nichteintritt der Bedingung ist ganz wirkungs-

los. Er ist vielmehr der Mangel einer Wirkung, wodurch das entstandene und durch eigene Kraft reifende Recht hätte gehindert werden können.

Ist dieses richtig, wie nicht bezweifelt werden kann, so erscheint der Eintritt einer negativen Bedingung, in so ferne sie nämlich auf einer von der ursprünglichen rechtsbewirkenden Thatsache verschiedenen Thatsache beruht, als eine die Wiederaufhebung des heranreifenden Rechts bewirkende Ursache. Dieser Eintritt kann folglich nur als Gegenstand und Grund eines wahren rechtszerstörenden Einwandes betrachtet werden.

Es kann keinen Unterschied in der Beweislast machen, ob das Recht, welches aufgehoben, und zerstört worden seyn soll, zur Zeit der Zerstörung schon reif und vollendet, oder noch im Reifwerden begriffen war. Wie das reife Recht gewiß besteht, wenn es nicht nach der Reife wieder aufgehoben wurde: so ist auch das bloß hinsichtlich der Reife von dem Nichteintritt einer Thatsache abhängige Recht ganz gewiß zur Reife gediehen, und den Ablauf, der für den Eintritt bestimmten Zeit vorausgesetzt, — nothwendig in seiner Reife vorhanden, wenn es nicht durch die Thatsache gehemmt, und vor der Reife wieder zerstört worden ist. Die Aufhebung eines reifen, und die Hemmung und Zerstörung eines nicht reifen, aber durch eigene ursprüngliche Kraft reifenden Rechts sind in ihrem Verhältnisse zur rechtlichen Gewißheit und Beweislast ganz gleich.

§. 26.

Nicht so verhält es sich mit der negativen Bedingung; oder mit demjenigen Nichtseyn von Thatsachen, wodurch schon die ursprüngliche Rechtsentstehung bedingt ist. Das Nichtseyn kann zwar hier auch nicht positiv zur Rechtsentstehung mitwirken, aber es ist die Bedingung, ohne welche die wirkende Ursache gar nicht wirksam werden, folglich schon von Anfang an kein Recht entstehen kann. Das Seyn der rechtshindernden Thatsache hemmt nicht etwa nur ein bereits entstandenes Recht in seinem Fortschritte, sondern es hindert dessen ursprüngliche Entstehung. Diese rechtshindernde Thatsache ist daher auch nicht eine von der rechtserzeugenden verschiedene, und von ihr getrennte, sondern beide sind in Eins verschmolzen, so daß die ursprünglich rechtserzeugende Thatsache nur dann die nämliche zur Rechtserzeugung erforderliche Thatsache ist, wenn die rechtshindernde nicht zugleich vorgefunden wird. Das Nichtseyn der rechtshindernden Thatsache ist ein wesentliches Merkmal der rechtserzeugenden, und wo die Letzte mit der ersten sich verbindet, ist eine ganz andere, zur Rechtsbewirkung nicht genügende Thatsache vorhanden.

Das Nichtseyn der rechtshindernden Thatsache muß also aus dem Grunde von dem Beweisführer mit dem Seyn der rechtserzeugenden zugleich bewiesen werden, weil sonst die letzte nicht als die wahre,

und als die nämliche, welche wirklich vorausgesetzt wird, erwiesen werden könnte.

Der negative Beweis muß demnach jederzeit mit dem affirmativen verbunden werden, und das geschieht auch jederzeit, aber meistens nur — auf eine indirekte und versteckte Weise. Wer z. B. einen Kauf beweisen soll, muß zugleich beweisen, daß das für einen Kauf ausgegebene Rechtsgeschäft kein Tausch, keine Schenkung ꝛc., sondern nur ein Kauf war. Wer eine ihm versprochene goldene Uhr fordert, muß darthun, daß das fragliche Versprechen keine silberne oder tombackene Uhr zum Gegenstand gehabt habe. Denn der Kauf könnte ja, wäre er ein Tausch gewesen, kein Kauf, der Gegenstand eines Versprechens, wäre er eine silberne Uhr gewesen, keine goldene gewesen seyn. Allein in diesen und ähnlichen Fällen beweißt sich die Verneinung durch die Bejahung von selbst, weil sich beide geradezu ausschließen, folglich wenn das Seyn eines Kaufs, oder das Versprechen einer goldenen Uhr bewiesen wird, dadurch auf eine indirekte Art der Beweis für die Verneinung, daß nämlich das zu beweisende Geschäft kein Tausch, die versprochene Uhr keine silberne war, von selbst, und ohne daß man darauf Rücksicht zu nehmen nöthig hätte, geführt wird.

Die allgemein und jederzeit nothwendige Verbindung des verneinenden Beweises mit dem bejahenden, macht sich indessen, wenn gleich gewöhnlich, doch nicht immer von selbst, sondern es giebt

Fälle, wo das Seyn der rechtshindernden Thatsache durch das Seyn der rechtserzeugenden nicht nothwendig ausgeschlossen wird. Solche Fälle sind bereits angegeben, und es werden in der zweiten Abtheilung noch mehrere vorkommen. In diesen Fällen nun kommt der Beweis der Verneinung besonders zur Sprache, und muß besonders geführt werden; — und hier kann er auch eben so leicht als der bejahende geführt werden, weil er vermittelst der rechterzeugenden Thatsache, deren Getrenntseyn von der rechtshindernden gezeigt werden soll, genau auf Zeit und Ort beschränkt ist; folglich die nämlichen Beweismittel, welche für das Seyn der ersten dienen, auch für das Nichtseyn der letzten gebraucht werden können.

§. 27.

Dieser, wie ich glaube sehr natürlichen Ansicht, nach welcher der Angreifer das Nichtseyn einer Thatsache nur dann, wenn dasselbe als ursprüngliche Bedingung der Rechtsentstehung erscheint, nicht aber auch dann beweisen muß, wenn es gewiß ist, daß das Recht ohne die Dazwischenkunft einer neuen, dessen Reife hemmenden Ursache nothwendig vorhanden, und bereits reif geworden seyn muß, — dieser natürlichen, wiewohl meines Wissens, neuen Ansicht scheint L. 10. D. de V. O. entgegen zu stehen. Dort heißt es:

„Hoc jure utimur, ut ex hac stipulatione: si Lucius Titius ante calendas majas in Italiam non

venerit, decem dare spondes, non ante peti quisquam possit, quam e x p l o r a t u m sit, ante eam diem in Italiam venire Titium non posse, neque venisse.

Man pflegt diese Gesetzstelle für die Nothwendigkeit des verneinenden Beweises anzuführen, und setzt also voraus, daß der Kläger, welcher aus einem negativ bedingten Versprechen etwas fordert, den Beweis für den Nichteintritt der Bedingung übernehmen müsse.

Allein eines Theils sagt das Gesetz nur so viel, daß die Forderung nicht geltend gemacht werden könne, bis es a u s g e m a c h t sey, daß die negative Bedingung nicht mehr eintreten könne, und auch nicht schon eingetreten sey. Wer diesen Beweis zu führen habe, ist mit Stillschweigen übergangen.

Anderntheils aber geht aus den Worten: n i c h t k o m m e n k ö n n e, deutlich hervor, daß hier nur von dem Falle die Rede ist, wenn der Kläger die Erfüllung des Versprechens schon v o r dem ersten Mai fordert, weil es vorher schon gewiß seyn soll, daß die negative Bedingung nicht mehr eintreten k ö n n e. Hier muß freilich der Kläger den Beweis führen, daß das negativ bedingte Recht f r ü h e r, als es nach seiner ursprünglichen Anlage n o t h w e n d i g ist, reif geworden sey. Aber er muß eben darum nicht bloß den Nichteintritt der Bedingung, sondern die U n m ö g l i c h k e i t, daß sie noch eintreten könne, folglich eine Thatsache darthun, wodurch diese Unmöglichkeit schon vor der Zeit, z. B. durch

den Tod des L. Titius herbeigeführt wurde. Nach Ablauf der für den Eintritt der negativen Bedingung festgesetzten Zeit ergiebt sich diese Unmöglichkeit von selbst. Hier kommt es nur darauf an, daß die Bedingung nicht schon eingetreten sey; und daß der Kläger hiefür den Beweis übernehmen müsse, läßt sich aus dem angeführten Gesetze nicht darthun.

§. 28.

Einen weitern erheblichen Zweifel gegen die aufgestellte Ansicht finde ich nirgends. Wohl aber verschwinden vor derselben die erheblichen Zweifel, welche der Behauptung, daß auch die Verneinung bewiesen werden müsse, bisher im Wege standen. Denn im Allgemeinen ist es allerdings wahr, daß das Nichtseyn einer Thatsache keine Rechtsentstehung, oder Erlöschung bewirken, folglich auch kein zur Beweisauflage geeigneter Rechtsgrund seyn könne. Allein das Nichtseyn der rechtshindernden Thatsache ist die nothwendige Bedingung, ohne welche die rechtserzeugende nicht seyn und wirken kann. Ist daher die erste durch die letzte nicht von selbst ausgeschlossen, so muß das Nichtseyn der ersten erwiesen werden. Nicht Gleiches aber gilt von der Thatsache, welche von der rechtserzeugenden verschieden ist, und daher die ursprüngliche Rechtsentstehung nicht hindern, sondern nur das schon entstandene, von ihrem Nichtseyn unabhängige, und aus eigener Kraft heranreifende Recht wieder auf-

heben kann. Denn diese Thatsache begründet nur, wenn sie eintritt, eine rechtszerstörende Einrede, welche der Angegriffene zu beweisen hat.

Eben so ist es nicht recht begreiflich, wie ein seiner innern Natur nach unmöglicher Beweis, wie der auf Zeit und Ort nicht beschränkte verneinende ist, zur richterlichen Auflage geeignet seyn könne. Denn wenn auch der bejahende Beweis manchmal nicht geführt werden kann, so ist dieses zufällig, und in äußern Umständen gegründet, indem entweder eine That heimlich geschah, oder man sich mit Beweismitteln gehörig vorzusehen versäumte. Die Unmöglichkeit des ohne Zeit- und Ortsbestimmung verneinenden Beweises aber ist eine innere, welche durch keine Vorsicht vermieden werden kann.

Ein solcher naturwidriger Beweis kann nach der aufgestellten Ansicht gar nicht vorkommen. Denn wird der verneinende Beweis in den Fällen, in welchen er nach der bisherigen Erörterung nothwendig ist, als Vorbeweis geführt, so darf nur gezeigt werden, daß eine Thatsache mit einer andern zu einer bestimmten Zeit, und an einem bestimmten Ort vorgefallenen Thatsache nicht verbunden war. Wird aber der Beweis der Verneinung als Gegenbeweis geführt, so ist er auf diejenige Thatsache gerichtet, welche Gegenstand des Vorbeweises ist. In beiden Fällen hat der Beweisführer eine bestimmte, auf Zeit und Ort beschränkte Thatsache vor sich, wodurch auch der Beweis der Verneinung auf Zeit und Ort beschränkt, folglich eben so leicht möglich

ist, als der Beweis der Bejahung, weßhalb die Schwierigkeit wegen der Unmöglichkeit des verneinenden Beweises gänzlich hinwegfällt.

Daß übrigens das Gesetz: negantis nulla probatio nur von dem Beklagten, wenn er die Klage, — von dem Kläger, wenn er die Einrede leugnet, zu verstehen, und die Meinung des kanonischen Rechts, als ob der negative Beweis unmöglich wäre, eben so unverbindlich sey, als wenn es zweimal zwei für fünf erklärt hätte, bedarf keiner besondern Ausführung.

Vierter Abschnitt.

Von Vermuthungen.

---

§. 29.

Es ist ein ganz allgemein anerkannter Satz, daß die Vermuthungen, wenigstens die gesetzlich anerkannten, den Beweispflichtigen, wenn sie ihm zur Seite stehen, von der Beweislast befreien, und diese Last auf den Gegner wälzen. Dieser Satz wird auch gewöhnlich der Regel über die Beweislast als eine Ausnahme beigefügt. Ja manche Schriftsteller bestimmen selbst die Regel über die

Beweislast darnach, ob die Vermuthung für oder gegen eine Parthei streite, gerade als wenn kein Streit über eine Thatsache denkbar wäre, ohne daß deren Seyn oder Nichtseyn vermuthet werden müßte *). Allein gewöhnlich kann weder das eine, noch auch das andere vermuthet werden, und in der Regel hat der Kläger, Exzipient, Replikant u. s. w. nicht darum die Beweislast auf sich, weil ihm die Vermuthung entgegen steht, sondern bloß darum, weil gar keine Vermuthung weder für noch gegen ihn vorhanden ist; folglich die Thatsache, wovon die Klage, Einrede, Replik u. s. w. abhängt, vom Richter ohne Beweis nicht als wahr angenommen werden kann, mithin vergebens vorgebracht ist.

Diesen Mißgriff, überall eine Vermuthung als Entscheidungsgrund der Beweisauflage anzunehmen, hat Weber hinreichend beleuchtet, und er springt auch von selbst so sehr in die Augen, daß es überflüssig wäre, hier mehr darüber zu sagen.

§. 30.

Wichtiger und streitiger dagegen ist die Frage: ob und in wie ferne die Vermuthung den Beweispflichtigen von der Beweislast befreie?

Um diese Frage zu beantworten, muß die gesetzliche von der gemeinen Vermuthung getrennt werden.

---

*) Z. B. Alef, und unter den neuern selbst noch Grolmann in den schon angeführten Schriften.

I. Was zuvörderst jene betrifft, so ist sie: der gesetzlich begründete Schluß von der Wahrheit einer gewissen Thatsache auf die Wahrheit einer andern noch ungewissen Thatsache, obschon beide in keinem nothwendigen Zusammenhange stehen. Das Gesetz nimmt eine Thatsache mit Vorbehalt des Gegenbeweises, folglich eben so, wie eine erwiesene für wahr an, sobald eine andere bewahrheitet ist, von welcher außerdem kein nothwendiger Schluß auf jene begründet wäre. Es ist nicht nothwendig, daß der Schluß durch eine große Wahrscheinlichkeit unterstützt werde, sondern es ist genug, daß das Gesetz etwas für wahr gelten läßt, wenn es auch an sich unwahrscheinlich ist. So wird man es wohl nicht sehr wahrscheinlich finden, daß ein im siebenten Monat einer Ehe gebornes, vollständig ausgewachsenes Kind ein eheliches sey. Dennoch nimmt es das Gesetz für wahr an*).

Was das Gesetz für wahr annimmt, muß natürlicher Weise auch der Richter für wahr gelten lassen. Wer also seine Klage oder Einrede, auf eine solche Thatsache stützt, welche von dem Gesetze aus einer andern gefolgert wird, der hat freilich nicht nothwendig, die gefolgerte Thatsache zu beweisen; und in so ferne befreit ihn die gesetzliche Vermuthung vom Beweise. Allein anstatt der That-

*) L. 12. D. de statu hominum.

sache, worauf es unmittelbar ankommt, muß er doch eine andere beweisen, welche den Vermuthungsgrund enthält. Er bleibt somit immer der Beweispflichtige. Nur ist ihm die Beweisführung dadurch erleichtert, daß er anstatt der Thatsache, worauf es ankommt, nur eine andere beweisen darf, welche vielleicht leichter dargethan werden kann, oder daß er, wie es wohl richtiger ausgedrückt seyn mag, nur einen Theil der ganzen Thatsache (dieselbe als Inbegriff mehrerer Handlungen oder Begebenheiten gedacht), wovon sein Recht abhängt, wahr zu machen braucht. Sein Beweis erscheint auch als ein indirekter — durch Schlüsse geführter; aber er hat nicht nöthig, eine Thatsache zu beweisen, wovon ein nothwendiger Schluß auf seinen eigentlichen Beweissatz gegründet wäre.

Hiernach ist die Wirkung der gesetzlichen Vermuthung ganz unrichtig ausgedrückt, wenn man sagt, daß sie den Beweispflichtigen von der Beweislast befreie. Sie befreit ihn wenigstens nur zum Theil hievon, wenn man bei dem Ausdruck stehen bleiben will.

Allein dieser Ausdruck scheint mir keineswegs zur Beibehaltung geeignet. Man würde sonst behaupten müssen, daß auch der nothwendige Schluß von einer Thatsache auf die andere (beim künstlichen Beweis) von der Beweislast befreie, indem eben auch hier der Beweisführer von der Bewahrheitung des eigentlichen Beweissatzes sich dadurch frei macht,

daß er sich der Bewahrheitung eines andern unterzieht.

Man lasse es also ohne alle Ausnahme bei der über die Beweislast aufgestellten Regel, und überlasse es dem Beweispflichtigen sich einer Last mittelbar — durch den direkten Beweis, oder unmittelbar — durch nothwendige, oder bloß gesetzlich begründete Schlüsse von einer Thatsache auf die andere zu entledigen.

§. 31.

Gegen diese Ansicht *) ließe sich nur dann eine gegründete Erinnerung machen, wenn es Thatsachen gebe, welche, wie Weber zu behaupten scheint**), schon an sich, und gleichsam aus sich selbst vermuthet würden, ohne einer andern Thatsache zu bedürfen. Allein dieß widerspricht dem Begriff der Vermuthung. Wohl kann die andere Thatsache, welche den Vermuthungsgrund enthält, zugestanden seyn, und dann bedarf der Beweispflichtige freilich gar keiner Beweisführung. Allein das Zugeständniß ist zufällig, und kann an der aufgestellten Ansicht nichts ändern. Wenn z. B. die Gesetze aus der Ehe auf die Vaterschaft, und von der Geburt

---

*) Feuerlein pflichtet ihr bei, indem er §. 29. der (§. 2.) angeführten Abhandlung behauptet, daß der Satz: „Vermuthung befreit von der Beweislast" nur uneigentlich zu verstehen sey.

**) S. 339.

eines Kindes im siebenten Monat der Ehe auf dessen eheliche Zeugung, dann von der Vertilgung einer Handschrift oder von der Zurückgabe einer Schuldverschreibung auf die Aufhebung der Schuld, ferner aus der Mündigkeit eines zugleich mit dem Vater verunglückten Sohnes auf den frühern Tod des Vaters, und aus der Einwilligung des Pfandgläubigers zu einer weitern Verpfändung seines Pfandes auf die Aufgebung seines Pfandrechts *) — eine Vermuthung begründen, so muß in allen diesen Fällen zuerst die Gewißheit des ersten Satzes, nämlich: der Geburt in der Ehe, der Vertilgung der Handschrift u. s. w. hergestellt werden. Der Beweispflichtige kann also immer in der Vermuthung keineswegs eine Befreiung von seiner Last, sondern nur eine Erleichterung derselben finden.

§. 32.

Es giebt noch einige andere scheinbare Ausnahmen von der Regel über die Beweislast. Allein es gilt von ihnen das nämliche, was eben von den gesetzlichen Vermuthungen gesagt wurde. Ja sie sind

---

*) Diese gesetzlichen Vermuthungen finden sich in
L. 6. D. de his qui sui vel alieni juris.
L. 12. de statu hominum.
L. 24. de probat.
L. 9. §. ult. de reb. dub. und L. 22. 23. cod. so wie L. 26. pr. D. de pact. dotal.
L. 12. pr. quibus modis pignus vel hypoth.

im Grunde von den gesetzlichen Vermuthungen nicht verschieden. Diese Ausnahmen sind nach Weber:

1) Wenn gewisse Personen durch besondere Begünstigung von der Last der Beweisführung befreiet sind. Als Beispiel wird L. 25. §. 1. D. de probat. angeführt. Hierin wird bestimmt: daß, wenn ein Pupill, oder Minderjähriger, ein Weib, Soldat, Bauer, oder ein sonst in Gerichtshändeln unerfahrner Mensch eine Nichtschuld zurückfordert, der Geldempfänger den Beweis des rechtlichen Geldempfangs zu liefern habe. Es ist aber einleuchtend, daß hierin nichts weiter als eine, von andern nicht verschiedene Rechtsvermuthung enthalten sey. Es wird nämlich vermuthet, daß dergleichen Personen, wenn sie etwas bezahlt haben, was natürlicher Weise zuerst ausgemittelt seyn muß, eine bloße Nichtschuld bezahlt haben. Die Zahlung, und daß sie wirklich zu den gedachten Personen gehören, müssen sie beweisen, und nur aus diesen Thatsachen wird auf die Nichtschuld geschlossen, folglich nur der weitere zur condictio indebiti gehörige Klagegrund ohne fernern Beweis als wahr angenommen.

2) Eben so verhält es sich in den Fällen, in welchen dem Beweisführer ein Theil seines Beweises zur Strafe des frevelhaft leugnenden Gegners erlassen wird. Wer condictione indebiti belangt, den Geldempfang leugnet, dessen aber überführt wird, muß die Zurückzahlung leisten, wenn er nicht beweisen kann, daß er das Geld mit Recht zu fordern gehabt habe. Denn es ist ungereimt, sagt das Ge-

setz, wenn derjenige, der erst den Geldempfang leugnet, noch den Beweis der Nichtschuld fordern will, nachdem er des Empfangs überwiesen worden *). Wer ferner eines abgeleugneten Besitzes überführt ist, muß den Besitz abtreten, und nunmehr die Stelle des Klägers, folglich auch die des Beweisführers einnehmen **). Ebenso verhält es sich mit demjenigen, welcher leugnet, daß eine von ihm geforderte Sache demjenigen Eigenthümer gehöre, von welchem der Kläger sein angebliches Recht herleitet. Denn wenn es bewiesen wird, daß jener der Eigenthümer sey, so muß der Beklagte die Sache dem Kläger abtreten, obschon dieser sein vom Eigenthümer erhaltenes Recht noch nicht bewiesen hat, und es bleibt dem Beklagten nur überlassen, nunmehr selbst als Kläger aufzutreten, und zu beweisen, daß ihm vom Eigenthümer ein besseres Recht eingeräumt worden sey ***).

In allen diesen Fällen wird, wie bei den Vermuthungen, ein Theil dessen, was der Beweispflichtige sonst darthun müßte, schon dann für wahr angenommen, wenn er etwas davon bewiesen hat, und zwar weil sein Gegner das Erwiesene frevelhaft leugnete. Ob der Rest des Beweissatzes dem Leugnenden zur Strafe, oder, wie man auch wohl

*) L. 25. pr. D. de probat.

**) L. 80. D. de rei vind. Nov. 18. Cap. 10.

***) Nov. 18. Cap. 10.

sagen könnte, darum fürwahr angenommen wird, weil aus seinem frevelhaften Leugnen die Wahrscheinlichkeit entspringt, daß er auch den übrigen Theil des Beweissatzes wahrheitswidrig leugne, ist gleichgültig, da es bei gesetzlichen Vermuthungen, wie schon Weber richtig bemerkt hat *), nicht gerade auf Wahrscheinlichkeit ankommt. Ja man kann behaupten, daß der Ausdruck: Vermuthungen hier nur uneigentlich statt finde, indem — wenigstens der Richter dasjenige, was nach dem Gesetze vermuthet wird, nicht mehr bloß vermuthet, sondern für wahr annimmt. Daß der Gegenbeweis diese Wahrheit wieder aufheben kann, ist kein Einwand gegen diese Behauptung, denn auch die durch den ordentlichen Beweis hergestellte Wahrheit kann durch den Gegenbeweis wieder aufgehoben werden. Hätte man diese Wirkung der gesetzlichen Vermuthung näher in's Auge gefaßt, so würde der gemeinen Vermuthung nicht so häufig die nämliche Wirkung, wie der gesetzlichen, eingeräumt worden seyn. Hierüber soll sogleich das Weitere ausgeführt werden. Nur Eine Bemerkung will ich zur Erläuterung der bisherigen Ansicht noch beifügen.

§. 33.

Wenn ich nämlich behaupte, daß der Beweispflichtige, auch wenn er eine gesetzliche Vermuthung zur Seite hat, dennoch beweispflichtig bleibe, und

---

*) Feuerlein behauptet das Gegentheil ohne Grund.

in dieser Eigenschaft, die ihm nach der Regel über die Beweislast angewiesene Stelle behauptet; so versteht sich dieses zwar nicht nur in Bezug auf den Inbegriff aller jener Thatsachen, wovon seine Klage oder Einrede abhängt, sondern auch in Bezug auf die einzelne, nur mittelst der Vermuthung ohne weitern Beweis als wahr angenommene Thatsache. Allein da diese nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar — mittelst eines gesetzlich begründeten Schlusses bewiesen ist, so findet gegen diese mittelbar bewiesene Thatsache nicht nur der Gegenbeweis von Seite dessen, gegen welchen die Vermuthung streitet, sondern auch noch ein zweiter Gegenbeweis wider diesen Gegenbeweis statt, und in so ferne kann man den Gegenbeweis gegen die aus Vermuthung für wahr gehaltene Thatsache auch als den ersten Beweis betrachten, obschon derselbe in Bezug auf die beweispflichtige Person immer ein wahrer Gegenbeweis ist. Dieses Verhältniß tritt aber nicht bloß beim Beweis durch Vermuthungen, sondern auch bei einem jeden andern Beweise ein, welcher nur mittelbar, oder künstlich geführt wird. Es muß nämlich jeder Parthei frei stehen, sowohl für als gegen eine Thatsache den unmittelbaren Beweis zu führen, oder genauer ausgedrückt: jedem Beweise muß ein Gegenbeweis unmittelbar entgegengesetzt werden dürfen, und wo der Gegenbeweis dem Beweise — weil einer von beiden nur ein mittelbarer oder künstlicher ist, — nicht geradezu unmittelbar entgegengesetzt ist, muß wider den

Gegenbeweis erst noch ein unmittelbarer Gegenbeweis statt finden. Wo also der Beweispflichtige seinen Beweis nur mittelbar geführt hat, da kann der Gegner mit dem ersten unmittelbaren Beweise auftreten, auf welchen noch der zweite unmittelbare geführt werden darf. Ein Beispiel wird dieses erläutern. Ich habe nach dem oben angeführten Gesetze: L. 10. D. de V. O., den Beweis zu führen, daß Titius vor dem ersten Mai nicht nach Italien kommen könne. Diesen Beweis führe ich mittelbar durch Zeugen, welche bekunden, daß Titius schon früher an einem gewissen Tage außerhalb Italien gestorben sey. Nun kann mein Gegner den direkten Gegenbeweis übernehmen, und sich ebenfalls auf Zeugen berufen, daß Titius am genannten Tag nicht gestorben sey. Allein er kann auch das Gegentheil des eigentlichen Beweissatzes darthun, und eben dadurch den Gegenbeweis auch nur mittelbar führen. Seine Zeugen können z. B. aussagen, daß sie den Titius einen Tag später an einem bestimmten Orte in Italien haben ans Land steigen sehen. Offenbar muß mir nun noch der unmittelbare Gegenbeweis, daß Titius an diesem Tage nicht ans Land gestiegen sey, frei stehen, indem ich vielleicht Zeugen aufführen kann, welche den ganzen Tag an Ort und Stelle waren, aber den Titius nicht ankommen sahen. Ich habe meinen ersten Beweis nur mittelbar geführt. Der Gegenbeweis wird nun gerade auf die von mir nicht

unmittelbar bewiesene Thatsache gerichtet. Beweis und Gegenbeweis stehen sich also nicht geradezu entgegen, und der letzte muß nothwendig einen weitern Gegenbeweis zulassen, und in so fern die Stelle des Vorbeweises einnehmen *). Aber dieser Vorbeweis wird immer nur von der nicht beweispflichtigen Parthei, folglich immer nur vom Gegenbeweisführer geführt, und kann daher an der aufgestellten Regel nichts ändern.

Auf ganz gleiche Weise verhält es sich mit der Vermuthung und mit dem dadurch mittelbar hergestellten Beweise, wie von selbst einleuchtet.

§. 34.

II. Noch ist die wichtige Frage, welche Wirkung der gemeinen Vermuthung zukomme, zu untersuchen übrig.

Einige Schriftsteller machen, wie schon bemerkt wurde, zwischen der Wirkung der gesetzlichen und zwischen der Wirkung der gemeinen Vermuthung keinen Unterschied. Beide sollen von der Beweislast befreien **). Daß aber diese Meinung nicht

*) Es versteht sich, daß dieses Verhältniß auch umgekehrt eintreten kann, wenn nämlich der erste, oder eigentliche Vorbeweis unmittelbar, der Gegenbeweis aber mittelbar geführt wird.

**) Dieses behauptet Feuerlein. Die gemeine Meinung erkennt die gemeine Vermuthung nur als Unterstützungsmittel bei der Beweisführung an — Hell-

nur hinsichtlich der gemeinen, sondern auch selbst hinsichtlich der gesetzlichen Vermuthung, wenigstens dem Ausdrucke nach unrichtig sey, ist bereits bemerkt worden. Die Wirkung der gesetzlichen Vermuthung ist vielmehr dieselbe, welche mit einer vollständigen Beweisführung verbunden ist. Wie im letzten Falle eine Thatsache vor Gericht als wahr gilt, weil sie durch zwei gültige Zeugen, oder durch die Handschrift dessen, gegen welchen bewiesen werden soll, bekundet wird, eben so wird vermöge der gesetzlichen Vermuthung eine Thatsache vor Gericht für wahr angenommen, weil eine andere Thatsache, von welcher auf jene geschlossen wird, außer Zweifel gesetzt ist. Diese Wahrheit kann in beiden Fällen vor dem Gegenbeweis verschwinden. Aber im Mangel eines Gegenbeweises ist und bleibt die durch eine gesetzliche Vermuthung begründete Wahrheit eben so juristisch gewiß, als es die durch Zeugen, oder Urkunden herbeigeführte ist. Denn die juristische Gewißheit, welche nie zur moralischen erhoben werden kann, besteht immer nur in derjenigen Wahrscheinlichkeit, welche die Gesetze für hinreichend annehmen, um das Recht darnach zu entscheiden. Mag also die gesetzliche Vermuthung an sich nur Wahrscheinlichkeit geben, wie denn auch

---

feld, Tevenar u. a. — und nur mehrern sehr dringenden Vermuthungen soll nach andern z. B. Grolmann, die volle Beweiskraft nach sorgfältigem richterlichen Ermessen zugestanden werden.

der Zeugen- oder Urkundenbeweis nur Wahrscheinlichkeit herbeiführen, so wird doch diese Wahrscheinlichkeit zur juristischen Gewißheit, weil sie vom Gesetze zur Rechtsentscheidung für hinreichend erklärt wird.

Man wird hoffentlich nicht einwenden, daß die gesetzliche Vermuthung nur zur Befreiung von der Beweislast, nicht aber zur Rechtsentscheidung für hinreichend erklärt sey. Denn in jener ist ja diese gerade so, wie in der Beweisführung bedingt, nämlich wenn kein Gegenbeweis geführt wird, schon enthalten. Die vom Beweis befreiende Vermuthung führt nicht etwa bloß eine Abweisung der Klage, oder einer Einrede herbei, denn dazu ist schon der Mangel eines Beweises hinreichend, sondern sie bewirkt die Verurtheilung des Beklagten, oder dessen Entbindung von der Klage, was nur dann geschehen kann, wenn die Klage oder Einrede juristisch wahr gemacht ist. Auf bloße juristische Wahrscheinlichkeit hin, kann der Richter Niemand verurtheilen, sonst würde schon ein halber Beweis dazu hinreichen, denn derselbe gewährt ohne Zweifel juristische Wahrscheinlichkeit. Es ist also offenbar, daß die gesetzliche Vermuthung — juristische Gewißheit gebe, indem auf den Grund derselben — nicht etwa die Klage oder Einrede abgewiesen, und somit ein non liquet ausgesprochen, sondern der Beklagte verurtheilt, oder wegen der Einrede von der Klage entbunden, folglich Klage und Einrede als wahr anerkannt werden.

§. 35.

Ist es nun aber erwiesen, daß die gesetzliche Vermuthung eben so, wie der rechtsgenügliche Beweis, juristische, zur Verurtheilung hinreichende Gewißheit erzeuge: so ist nicht einzusehen, wie der gemeinen Vermuthung dieselbe Wirkung, wie der gesetzlichen, eingeräumt werden könne.

Die Vermuthung ist nach Feuerlein, objektiv, und im Allgemeinen betrachtet: der Zusammenhang zweier Thatsachen als Regel dargestellt, und das Resultat derselben ist: Wahrscheinlichkeit. Eine nicht gesetzliche Vermuthung macht also die Thatsache, welche mit einer andern als Regel zusammenhängt, nur wahrscheinlich. Weil zwei Thatsachen gewöhnlich, und in der Regel mit einander verbunden sind, ist es wahrscheinlich, daß sie auch in dem bestimmten Falle, wovon es sich eben handelt, mit einander verbunden seyen. Aber gewiß kann es der Richter nicht wissen, ob im bestimmten Falle, in welchem die Thatsache A vorhanden ist, auch die gewöhnlich damit verbundene Thatsache B vorhanden sey; denn es ist wohl möglich, daß die Verbindung beider, wenn sie auch noch so oft zutrifft, doch gerade in diesem Falle nicht zutreffe.

Will also der Richter den Beklagten auf eine gemeine Vermuthung hin, falls sie nicht durch den Gegenbeweis gehoben werden kann, verurtheilen, oder von der Klage entbinden: so urtheilt er nach Wahrscheinlichkeit. Er spricht dem Kläger eine For-

derung zu, weil sie ihm wahrscheinlich gebührt, oder er weißt ihn damit ab, weil sie wahrscheinlich getilgt ist.

Was kann den Richter berechtigen, nach bloßer Wahrscheinlichkeit zu urtheilen? Was ermächtigt ihn, dem Bürger sein Eigenthum zu entziehen, bloß weil es wahrscheinlich ist, daß es einem andern gehöre? Das Gesetz? — Freilich könnte ihm das Gesetz diese Vollmacht einräumen, — und dann wäre die (aus der gemeinen Vermuthung entspringende) Wahrscheinlichkeit nicht mehr Wahrscheinlichkeit, sondern juristische Gewißheit — die gemeine Vermuthung nicht mehr eine gemeine, sondern eine gesetzliche Vermuthung; — aber nirgends hat das Gesetz, wenigstens das römisch-deutsche, dem Richter diese Vollmacht ertheilt, nirgends der gemeinen Meinung gleiche Wirkung mit der gesetzlichen ertheilt, nirgends dem Richter gestattet, die bloße Wahrscheinlichkeit eigenmächtig zur juristischen Gewißheit zu erheben *). Oder soll es in der Natur der Sache liegen, daß eine gemeine Vermuthung eben so viel, als eine ge-

*) Die bayerische Gerichtsordnung scheint in dieser Beziehung fast zu weit zu gehen, wenn sie Kapitel XII. §. 2. der einzelnen gemeinen Vermuthung fast alle Wirkung abspricht und nur mehrere in Verbindung nach Umständen für eine halbe Probe gelten läßt; da doch manche Vermuthung allein mehr Wahrscheinlichkeit geben kann, als manchmal mehrere andere vereint.

setzliche gelten müsse? Man scheint dieses anzunehmen, es wird also hierüber noch eine nähere Erörterung nöthig seyn.

§. 36.

Diejenigen, welche der gemeinen Vermuthung die Wirkung der gesetzlichen beilegen, scheinen zwischen der Wirkung der gesetzlichen Vermuthung, und zwischen der Wirkung des auf gewöhnliche Art rechtsgenüglich geführten Beweises einen wesentlichen Unterschied anzunehmen. So sagt wenigstens Feuerlein im 28ten §. seiner Abhandlung: Vermuthung sey kein Beweis, und wer statt des Beweises, den er zu führen verbunden gewesen, nur eine Vermuthung begründe, der habe nicht geleistet, was ihm aufgetragen gewesen; er müsse seinen Beweis vollenden nach Gestalt der Sachen, entweder durch bessern Beweis, oder durch das juramentum suppletorium, und vermöge er beides nicht, oder sey es nicht mehr zulässig, so müsse gegen ihn gesprochen werden; — und im 29ten §. sagt der Verfasser ferner: derjenige, welcher eine Vermuthung für sich erwiesen habe, habe dadurch gezeigt, daß nicht er, sondern sein Gegentheil den Beweis führen müsse, daß also nicht er, sondern sein Gegner im Rechtssinne der Kläger sey.

Hiegegen dringt sich mir allererst die Bemerkung auf, daß es mir ganz unbegreiflich ist, wie die Vermuthung, welche nicht als Beweis gilt, und also dessen Wirkung nicht hat, dennoch denjenigen,

welcher an sich betrachtet der Beweispflichtige ist, von der Beweislast befreien, und diese Last auf den Gegner bringen könne. Der erste Vermuthungshaber braucht den ihm obliegenden Beweis nicht zu führen, weil er eine Vermuthung für sich hat, sein Gegner aber, auf welchen die Beweislast bloß durch die Vermuthung gewälzt wird, sucht sich vergebens durch die Begründung einer Vermuthung zu schützen. Der Kläger, welcher doch nach der Natur der Sache beweisen muß, darf nur eine Vermuthung begründen, um seiner Verbindlichkeit zu genügen, der Beklagte dagegen, welcher doch nur wegen der jenseitigen Vermuthung beweispflichtig wird, reicht mit einer Vermuthung nicht aus, ungeachtet die Beweispflicht ihm bloß zugeschoben ist!? — Ein Beispiel mag die Sache erläutern für den, der noch einer Erläuterung bedarf. Ich klage gegen Jemand ein Anlehen ein. Der Beklagte beweißt, daß ich den Schuldschein zerrissen habe, und begründet dadurch die Vermuthung, daß die Schuld getilgt sey. Nun trifft die Reihe des Beweises mich. Ich beweise, daß der Beklagte nach zerrissenem Schuldschein noch Kapitalzinsen bezahlte, und begründe dadurch ebenfalls eine Vermuthung, daß die Schuld nicht getilgt sey *). Mir soll meine Vermuthung, (wenn ich sie nicht auf eine andere Art zum Beweis erheben kann,)

*) Nach L. 4. C. de non num pecc. eine gesetzliche, welche aber bei Feuerlein keinen Unterschied macht.

nichts nützen; dem Beklagten aber kommt seine Vermuthung eben so zu statten, als wenn er die Einrede der Zahlung erwiesen hätte!

Diese Ungereimtheit *) beweißt offenbar, daß die Vermuthung, welche (nach der gewöhnlichen Vorstellung) vom Beweise befreit, in ihrer rechtlichen Wirkung vom Beweise nicht verschieden sey.

Uebrigens ist auch der Beweis hierüber, daß nämlich die gesetzliche Vermuthung eben so, wie der rechtsgenüglich geführte gewöhnliche Beweis juristische Gewißheit begründe, indem beide zur Verurtheilung (mit Vorbehalt des Gegenbeweises) hinreichen, schon oben geführt worden. Es wird also alles, was hierüber gesagt wurde, hieher wiederholt, und es bedarf kaum einer Erinnerung, daß, wenn der Beklagte an Klägers Stelle zu treten gezwungen wird, obwohl er nicht der Fordernde, sondern der Angeforderte ist, und folglich

---

*) Feuerlein verzeihe mir diesen Ausdruck. Ich schätze seine Abhandlung sehr. Er hat das Gebiet der Vermuthungen vortrefflich ausgemessen, — ein Verdienst, welches vor ihm keiner erwarb, und welches seiner Abhandlung immer einen entschiedenen Werth sichert. Aber die Lösung der Frage, was Vermuthungen wirken? ist ihm nicht gelungen. Sichtbar hat er hierauf den Fleiß nicht verwendet, welcher aus dem übrigen Theil der Abhandlung hervorleuchtet, denn beim reifern Nachdenken hätte seinem Scharfsinne die Seichtigkeit seiner Gründe in diesem Punkte nicht entgehen können.

den Beweis, daß er nichts schuldig sey, liefern soll, anstatt daß erst Kläger seine Schuld beweisen sollte, dieses von der Verurtheilung des Beklagten, unter Vorbehalt des Beweises (oder eigentlich Gegenbeweises) gar nicht verschieden sey, daß folglich die Vorstellung: die Vermuthung wirke nur, daß der Beklagte Klägers Stelle einnehmen müsse, die Sache gar nicht verändere. Auch der ordentlich geführte Beweis hat dieselbe Wirkung, denn dadurch wird der Beklagte ebenfalls in die Nothwendigkeit gesetzt, das Nichtseyn seiner Verbindlichkeit zu beweisen, und als Beweisführer Klägers Stelle einzunehmen, wiewohl er weder hier noch dort in der That zum Kläger gemacht werden kann, weil er immer nur der Angeforderte, oder allgemein genommen, derjenige ist und bleibt, welcher sich gegen die Klage oder Einrede ꝛc., welche wider ihn geltend gemacht werden sollen, vertheidigt — weil er mit andern Worten, — nicht Angreifer, sondern Angegriffener ist und bleibt.

§. 37.

Eine ganz unerweisliche Behauptung ist es ferner, wenn man sagt: was als Regel gelte, brauche nicht erst erwiesen zu werden, der Erweis liege in der Regel selbst *). Denn die Regel giebt bloß Wahrscheinlichkeit, und die Vermuthung ist, wie Feuerlein selbst behauptet, kein Beweis. Immer-

---

*) Feuerlein §. 28.

hin mag man das Wahrscheinliche glaublicher finden, als das Unwahrscheinliche, aber wirklich glauben darf der Richter nichts, was nicht rechtsgenüglich bewiesen ist, — was die Gesetze nicht als juristische Wahrheit anerkennen. Immerhin mag derjenige, dessen Klage oder Einrede von einer wahrscheinlichen Thatsache abhängt, einen leichtern Beweis zu führen haben, als derjenige, der sich auf eine nicht wahrscheinliche Thatsache stützt. Aber ohne Beweis, auf bloße Vermuthung hin kann der Richter nicht urtheilen, sonst würde er zwar in der Regel recht — ausnahmsweise aber auch unrecht richten. Es ist z. B. Regel, und wird also vermuthet, daß die Kälte in Petersburg am 1. Jänner jederzeit den Gefrierpunkt erreiche, oder daß junge Eheleute Kinder zeugen. Aber es kann ausnahmsweise auch das Gegentheil statt finden. Wer also eine Klage oder Einrede auf eine solche Thatsache gründet, muß dieselbe, sey sie auch noch so wahrscheinlich, erst zur juristischen Wahrheit erheben, ehe sie der Richter zum Grunde seiner Entscheidung nehmen kann. Er muß beweisen, daß die Regel auch diesesmal keine Ausnahme leide, sonst wird ihm der Richter sagen: du hast wahrscheinlich Recht; aber ein bloß wahrscheinliches Recht kann ich nicht als wahr anerkennen. Es ist auch möglich, daß du Unrecht hast, und so lange diese Möglichkeit nicht juristisch gehoben ist, kann ich deinen Gegner nicht verurtheilen, und mich der Gefahr aussetzen, eine Ungerechtigkeit zu begehen. Gegen dich

bin ich nicht ungerecht, wenn ich deine bloß wahrscheinlich gerechte Klage abweise, denn ich erkläre dadurch nur so viel, daß ich aus Mangel an rechtlicher Gewißheit nicht urtheilen kann, folglich den Rechtszustand zwischen dir und deinem Gegner faktisch fortbestehen lassen muß, wie er ist. Aber ganz anders würde es sich verhalten, wenn ich deinen Gegner auf Wahrscheinlichkeit hin verurtheilen, folglich das Faktische eures Rechtsverhältnisses ohne rechtliche Gewißheit, daß es rechtswidrig sey, abändern wollte.

Kommt es also auf diese Abänderung — auf Verurtheilung an, so ist es falsch, daß das, was als Regel gilt, nicht erst erwiesen zu werden brauche, denn dazu genügt die aus der Regel entspringende Wahrscheinlichkeit nicht, sondern, es wird Gewißheit, folglich Beweis statt der Vermuthung erfordert.

§. 38.

Zwar ersetzt die gesetzliche Vermuthung den Beweis, und gilt folglich wie ein Beweis, aber nicht, wie Feuerlein behauptet, bloß weil sie Wahrscheinlichkeit giebt, sondern weil das Gesetz sie anstatt des Beweises gelten läßt. Hierin, in der Anordnung des Gesetzes liegt der wichtige Unterschied zwischen Vermuthung und Vermuthung. Der Umstand, daß die Gesetze die Wirkungen gewisser Vermuthungen ausdrücklich bestimmt haben, ist wahrlich nicht so zufällig, wie Feuerlein behauptet.

Gesetzliche Vermuthungen, sagt derselbe, schieben dem Gegentheil die Beweislast zu, nicht weil es die Gesetze eben so wollen, sondern weil jene Thatsachen, für welche die Vermuthung streitet, so lange als wahr angenommen werden müssen, bis das Gegentheil erwiesen ist, und weil dieser Beweis der Natur der Sache nach nothwendig von dem geführt werden muß, gegen welchen die Vermuthung streitet. Allein diese Behauptung gilt gerade umgekehrt: nicht weil die wahrscheinliche Thatsache, wofür die Vermuthung streitet, mit Vorbehalt des Gegenbeweises für wahr angenommen werden muß, schieben die gesetzlichen Vermuthungen die Beweislast auf denjenigen, gegen welchen die Vermuthung streitet, sondern bloß darum, weil es die Gesetze so wollen. Freilich werden alle Vermuthungen, die gemeinen wie die gesetzlichen, nach gleichen Regeln gebildet, und in so ferne ist zwischen ihnen kein natürlicher Unterschied. Aber auf der einen Seite ist es eben darum, weil alle Vermuthungen nur eine Wahrscheinlichkeit begründen, eine Ausnahme von der Regel, wenn das Gesetz diese Wahrscheinlichkeit in einzelnen Fällen anstatt des Beweises gelten läßt, und diese Ausnahme, Wahrscheinlichkeit vor Gericht für Wahrheit gelten zu lassen, darf doch wohl der Richter nicht ohne ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers zur Regel machen.

Auf der andern Seite aber findet auch ein mächtiger Unterschied unter den Vermuthungen statt, in

so ferne von dem Grade der Wahrscheinlichkeit, die sie begründen, die Rede ist.

§. 39.

Feuerlein behauptet zwar das Gegentheil. Er sagt §. 29.: Jede Vermuthung sey eine Regel, eine Vermuthung, die keine Regel wäre, sey keine Vermuthung mehr, und eine entfernte Vermuthung wäre eine solche Vermuthung, die keine Regel wäre, also gar keine Vermuthung. Sobald nur einmal hergestellt sey, daß der fragliche Zusammenhang zweier Thatsachen die Regel ausmache, so komme es nun gar nicht mehr darauf an, ob diese Regel durch mehr oder weniger Beobachtungen erprobt worden sey. Genug, es müßten gerade so viele Beobachtungen zusammenstimmen, als nothwendig seyen, den Zusammenhang gewisser Thatsachen als Regel aufzustellen. Wenn nun eine andere Regel mehr Beobachtungen für sich habe, so werde sie deßwegen nicht dringender; diese durch mehr Beobachtungen bestätigte Regel sey nicht mehr Regel, als jene, welche nicht so viele, aber doch eben genug Beobachtungen für sich habe. Eine Regel aber, die weniger, als die zu ihrer Aufstellung nothwendigen Beobachtungen für sich habe, sey keine entfernte Regel (entfernte Vermuthung), sondern gar keine Regel mehr. Also alle Vermuthungen, welche wahre Vermuthungen, d. h. welche Regeln seyen, hätten gleichen Werth, sie seyen dringend.

Allein wer sieht nicht, auf den ersten Blick,

daß es leere Worte sind, welche hier vorkommen? Feuerlein gesteht selbst unmittelbar darauf, daß es unmöglich sey, eine Regel zu geben, wie viele Beobachtungen nothwendig seyen, um den Zusammenhang gewisser Thatsachen als Regel aufzustellen. Warum ist denn aber wohl eine solche Regel unmöglich? Aus keiner andern Ursache, als weil die Gränze der Regel ganz unbestimmt ist und mit der Gränze der Nichtregel zusammenfließt, und weil von der kleinsten bis zur größten Regel — von der schwächsten bis zur stärksten Vermuthung eine unendliche Reihe unbestimmbarer Abstufungen sich findet. Es ist Regel, folglich zu vermuthen, daß junge Eheleute zwischen zwanzig und dreißig Jahren Kinder zeugen; gilt diese Vermuthung im gleichen Grade von Eheleuten, die 30 bis 40, oder 40 bis 50 Jahre bei ihrer Verheirathung alt sind? Gilt sie auch noch bei Eheleuten von 60 oder 70 Jahren? Oder wenn der Jüngling von 18 Jahren für zeugungsfähig gehalten wird, ist es auch der 16-, 14- 12jährige? Oder wenn man vermuthen muß, doß die Kälte am ersten Jänner jederzeit in Petersburg den Gefrierpunkt erreiche, kann man dieses auch vom ersten Dezember, vom ersten November, Oktober, oder auch vom ersten März, ersten Mai ꝛc. vermuthen? Wo ist die Gränze der Regel? und wenn man eine Gränze bestimmen könnte, wie will man behaupten, daß die Regel, welche zunächst an die Nichtregel gränzt,

eben so viel Wahrscheinlichkeit — eine eben so dringende Vermuthung gebe, als die weiter entfernte?

Ist es nun aber unläugbar, daß die Gränze der Regel unbestimmt, und die Abstufung der durch die Regel gegebenen Wahrscheinlichkeitsgrade unendlich sey: so würde das Recht ganz von der richterlichen Willkühr abhängen, wenn den gemeinen Vermuthungen gleiche Wirkungen mit den gesetzlichen eingeräumt wären. Ein Richter würde da noch eine Regel sehen, wo der andere längst keine Regel mehr fände, wenn auch beide, wie Feuerlein fordert, ihre Logik noch so gut im Kopfe hätten. Dem Einen würde als wahrscheinlich einleuchten, was dem Andern nicht wahrscheinlich wäre. Der Eine würde verurtheilen, der Andere lossprechen, weil es ihm so gut däuchte.

Wohl muß es dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben, die gemeine Vermuthung bei der Beweisführung zu berücksichtigen; und die Größe ihres Einflusses zu bestimmen, kann der richterlichen Willkühr nicht entzogen werden. Aber nie darf dieser Einfluß so groß seyn, daß Recht und Unrecht allein davon abhienge. Nie darf die gemeine Vermuthung wie die gesetzliche für vollen Beweis gelten, und nie darf der Gesetzgeber ihr diese Wirkung einräumen, wenn er nicht das Recht der richterlichen Willkühr ganz preis geben, und über dieses noch der Ungerechtigkeit ausnahmsweise, wie oben bemerkt wurde, einen Platz neben der Gerechtigkeit verstatten will.

Zweite Abtheilung.

Nähere Anwendung der über die Beweis-Last aufgestellten Regel.

§. 40.

Wenn es, wie bisher gezeigt wurde, eine uneingeschränkte Regel ist, daß der Kläger das Seyn der Thatsache, wovon sein Recht abhängt, und das Nichtseyn der ihr widersprechenden Merkmale, der Beklagte aber das nämliche in Bezug auf die Einrede u. s. w. zu beweisen hat, so kommt bei der Anwendung dieser Regel alles darauf an, daß man genau unterscheide, von welchem Seyn und Nichtseyn der Thatsache die Klage oder Einrede abhänge, oder was zu deren Begründung erfordert werde? Darauf aber, ob eine Thatsache von dem Kläger, oder von dem Beklagten vorgebracht, und ob sie in der Form einer Bejahung oder Verneinung abgefaßt sey, kann natürlicher Weise keine weitere Rücksicht genommen werden, als in wie ferne dieses

Vorbringen, und seine Form zum Verständnisse des Streitstandes, und zur Erklärung des Partheienwillens dienlich sind. Die Form des Vorbringens ist etwas ganz Willkührliches. Es können daher nicht nur bejahende Sätze in der Form der verneinenden, und verneinende in der Form der bejahenden vorgetragen werden, sondern es geschieht auch häufig, daß der Kläger Thatsachen, welche zur Begründung der Klage gehören, und der Beklagte Thatsachen, wovon seine Einrede abhängt, entweder ganz unbestimmt und vollständig angiebt, oder gar mit Stillschweigen übergeht. Daher erscheint z. B. die Behauptung des Beklagten, daß der aus einem Vertrag klagende Kläger den Vertrag von seiner Seite selbst noch nicht erfüllt habe, als eine Einrede (exceptio non adimpleti contractus), während sie doch nur die Ableugnung einer zur Begründung der Klage erforderlichen Thatsache ist. Daher streitet man über die Fragen, wer das Versehen, den Betrug, die Furcht u. dgl. beweisen müsse, obschon, wie bereits gezeigt worden, diese Ausdrücke keine unmittelbare Thatsachen, sondern Begriffe enthalten, welche der Richter aus den näher zu bestimmenden Thatsachen selbst bilden sollte.

Was nun in einem jeden einzelnen Falle zur Begründung der Klage oder Einrede erfordert werde, kann zwar nur aus der Natur der denselben zu Grund liegenden einzelnen Rechtsgeschäfte, deren Untersuchung nicht hieher gehört, erkannt werden. Allein im Allgemeinen muß jede Parthei ihren auf

eine Klage, oder Einrede gestützten Antrag ganz und in einer jeden Beziehung begründen. Sie muß also darthun

I. in Bezug auf die äußerlichen Bedingungen eines Antrags

1) daß derselbe von ihr

2) wider den bestimmten Gegner

3) vor dem bestimmten Gericht geltend gemacht werden könne.

II. In Bezug auf den innern Gehalt eines Antrags muß gezeigt werden,

1) daß die Thatsache, wovon eine Klage oder Einrede abhängt, überhaupt auf eine rechtsgültige Weise geschehen, und

2) daß in derselben alle zur Rechtswirkung erforderlichen Bedingungen enthalten seyen.

Hierüber soll das Weitere erörtert werden.

Erster Abschnitt.

Von den äußerlichen Bedingungen eines auf eine Klage oder Einrede gestützten Antrages.

Erster Absatz.

Vom Beweise für die Zuständigkeit eines Antrags von Seite der Person, welche ihn macht.

---

§. 41.

Der Beweis, welchen der Angreifer dafür zu führen hat, daß Er es sey, welcher den Antrag überhaupt, und ohne Rücksicht auf dessen innern Werth, rechtlich machen könne, muß erstlich die Vollmacht dessen, der im Namen eines Andern vor Gericht auftritt, zweitens aber das persönliche Verhältniß der Parthei sowohl zu einem gerichtlichen Antrag überhaupt, als auch zu dem bestimmten, welcher vorliegt, insbesondere, umfassen. (Legitimatio activa.)

Der erste Punkt (legitimatio mandatarii ad processum) bedarf keiner weitern Erörterung. Was aber das Verhältniß der Parthei zu einem Antrage überhaupt und insbesondere betrifft, so muß bewiesen werden,

I. daß ihr die persönliche Fähigkeit, Prozeß zu führen, überhaupt zustehe,

(persona standi in judicio) welchen Beweis man die Prozeß-Legitimation der Parthei nennen kann.

II. daß das Recht, welches sie — klagend oder einredend — geltend machen will, ihr, nicht aber einer andern Person zukomme. (Legitimatio ad causam).

§. 42.

I. Persönliche Fähigkeit, Prozeß zu führen.

Der Beweis für diese Fähigkeit kommt selten zur Sprache, weil dieselbe gewöhnlich zu bekannt ist, als daß sie ohne die höchste Frivolität bestritten werden könnte. Man darf aber deßwegen nicht glauben, daß dieser Beweis einer Parthei, im Leugnungsfalle nicht abgefordert werden dürfe, weil etwa die Vermuthung für die persönliche Fähigkeit vor Gericht aufzutreten, streite. Denn, daß eine Person unter Kuratel stehe, folglich ohne den Kurator — oder daß sie, wenn es eine Frauensperson ist, verheirathet sey, folglich, — wo es gesetzlich ist, nicht ohne den Ehemann vor Gericht auftreten könne, ist eben sowohl möglich, als das Gegentheil. Keines von beiden kann vermuthet werden, oder, wenn auch die persönliche Fähigkeit, wie z. B. die eines erwachsenen Mannes, welcher nur ausnahmsweise unter Kuratel stehen kann, zu vermuthen ist, so ist doch die Vermuthung keine gesetzliche, welche statt des Beweises gelten könnte.

Indessen ist der Beweis für die persönliche Fähigkeit einer Parthei, vor Gericht aufzutreten, sehr oft im Beweise der Hauptsache schon von selbst enthalten, und eben so oft ist dieser Beweis überflüssig, weil die Fähigkeit, welche bewiesen werden soll, von der Gegenparthei durch die That anerkannt ist.

A. Das Letzte ist jederzeit hinsichtlich des Beklagten der Fall. Denn dadurch, daß ihn der Kläger zu seinem Gegner wählt, erkennt er auch dessen Fähigkeit an, mit ihm zu streiten. Der Kläger kann von demjenigen, welchen er angreift, keinen Beweis fordern, daß derselbe zu seiner Vertheidigung selbst ermächtigt sey. Er räumt ihm durch seinen Angriff die Befugniß hiezu von selbst ein, und kann sie so wenig, als seine eigene Befugniß, vor Gericht aufzutreten, bestreiten wollen.

Zwar kann sich der Kläger über die persönliche Fähigkeit des Beklagten irren, und seine Klage gegen den Kuranden anstatt gegen den Kurator, — gegen die Ehefrau anstatt gegen den Ehemann richten, oder er kann das Kuratel- oder eheliche Verhältniß des Beklagten geflissentlich mit Stillschweigen übergehen, weil es ihm nur schaden, und der Gültigkeit seiner Forderung entgegen stehen würde. In diesem Falle kann der Richter, wenn er das wahre Verhältniß aus den Akten kennt, und der Beklagte seine persönliche Fähigkeit nicht selbst bestreitet, — wovon weiter unten — in der Materie von der sogenannten Passivlegitimation die Rede seyn wird, —

den Kurator oder Ehemann selbst zur Vertheidigung aufrufen, um einen nichtigen Prozeß zu verhindern. Aber vom Beklagten selbst kann kein Beweis über seine Fähigkeit gefordert werden, obschon er bei der Einrede als Kläger erscheint, weil er schon in der Eigenschaft des Beklagten durch die gegen ihn gerichtete Klage als streitfähig anerkannt wird.

§. 43.

B) Nicht so verhält es sich auf Seite des Klägers. Dieser muß offenbar seine persönliche Streitfähigkeit beweisen, wenn sie vom Beklagten bezweifelt wird. Indessen kann hier

a) der Beweis in der Hauptsache auch zugleich den Beweis für die persönliche Streitfähigkeit des Klägers mitenthalten. Dieses ist der Fall, wenn der Kläger das Recht, welches er geltend machen will, aus einem zweiseitigen, mit dem Beklagten unmittelbar geschlossenen, Vertrag erworben hat. Hier bedarf es neben des Beweises für den Vertrag keines besondern Beweises für die persönliche Streitfähigkeit des Klägers. Denn der Beklagte hat dadurch, daß er mit dem Kläger, als mit einem selbstständigen Menschen einen Vertrag eingieng, dessen Fähigkeit über den Vertragsgegenstand zu verfügen, und folglich auch darüber vor Gericht zu streiten, ebenso anerkannt, wie der Kläger die Streitfähigkeit des Beklagten durch Anstellung der Klage gegen ihn anerkannt. Wie hier die Klageanstellung, so ist

dort die Vertragseingehung eine für das Anerkenntniß bündig sprechende (konkludente) Handlung. Ist also der Vertrag bewiesen, oder zugestanden, so ist es auch die persönliche Streitfähigkeit des Klägers. Dem Beklagten bleibt nur übrig, den durch sein eigenes Anerkenntniß für den Kläger gelieferten Beweis entweder durch den Gegenbeweis (daß er sich etwa geirrt habe) zu entkräften, oder die Einrede, daß der Beklagte seither erst die persönliche Streitfähigkeit durch den Uebertritt in die Klasse der Kuranden oder Ehefrauen, verloren habe, mit Beweis zu belegen.

Alles dieses gilt auch dann, wenn zwar der Beklagte nicht selbst den Vertrag ursprünglich mit dem Kläger eingegangen, aber eine hieraus entsprungene Verbindlichkeit eines Andern übernommen hat. Denn wenn er die Verbindlichkeit, welche sich ein Anderer durch den Vertrag zuzog, als die seine anerkennen muß: so muß er auch das von seinem Vorgänger durch die Vertragseingehung abgelegte Anerkenntniß der gegentheiligen Selbstständigkeit und Streitfähigkeit wider sich gelten lassen.

Der Kläger kann zwar die ihm entgegengesetzte verzögerliche Einrede durch einen andern unmittelbaren Beweis für seine persönliche Streitfähigkeit zu beseitigen suchen, in welchem Falle alles gilt, was in den folgenden §§. vorkömmt; allein wenn er sich statt des Beweises auf den Vertrag, und das hierin liegende Anerkenntniß beruft, kann der Beweis für die persönliche Fähigkeit mit dem Beweis

der Hauptsache verbunden werden, und diese Verbindung ist sogar nothwendig, weil sonst Ein — und derselbe Beweis zweimal geführt — derselbe Vertrag zweimal bewiesen werden würde. Zwar wäre eine Trennung des Beweises möglich, wenn derselbe zuerst, vor der Einlassung, um die zerstörliche Einrede zu beseitigen, bloß auf das Daseyn des Vertrags überhaupt, hiernächst aber, nach erfolgter Einlassung in den Streit, erst auf den Inhalt des Vertrags gerichtet würde. Allein wenn selbst schon das Gesetz fordert, daß man mit den zerstörlichen Einreden wenigstens eine eventuelle Litiskontestation verbinde, so wird dieses hier durch die Natur der Sache vollends unvermeidlich, weil der Beklagte, wenn er das aus dem Vertrag fließende Anerkenntniß der kläger'schen Streitfähigkeit leugnet, eben dadurch auch den Vertrag selbst in Abrede stellt, folglich in der Ableugnung der persönlichen Streitfähigkeit des Klägers, — als worin hier die dilatorische Einrede besteht, — auch die Ableugnung des Klagegrundes schon enthalten ist. Es wäre deßwegen höchst ungereimt, erst den Vertrag und dessen Daseyn überhaupt, dann aber erst dessen Inhalt besonders beweisen zu wollen.

§. 44.

b) Wenn dagegen die Klage nicht auf ein solches Rechtsgeschäft, welches der Beklagte, oder sein Vorfahrer mit dem Kläger nicht eingehen konnte, ohne dessen persönliche Streitfähigkeit anzuerkennen,

sondern entweder auf ein Realverhältniß, oder auf einen einseitigen Vertrag, z.B. eine Schenkung, welche der Beklagte auch einem Kinde machen konnte, oder zwar auf einen zweiseitigen, aber vom Kläger nicht selbstständig, sondern unter Beitritt eines Kurators oder Ehemanns geschlossenen Vertrag gegründet wird: so ist es kein Zweifel, daß der Kläger seine noch ungewisse Streitfähigkeit besonders beweisen müsse.

Im letzten Falle ist dieses sofort klar, da aus dem Vertrag selbst die Streitunfähigkeit des Klägers erhellet, folglich seit der Entstehung des zur Klage gebrachten Rechtes eine Veränderung in seinem persönlichen Verhältnisse vorgegangen seyn muß, wenn er jetzt streitfähig seyn soll. Allein in den zwei ersten Fällen fragt es sich:

1) ob der Kläger seine Freiheit von einer Kuratel unbedingt beweisen müsse, oder ob der Beweis seiner Volljährigkeit genüge, und

2) ob eine Frauensperson auch ihren ledigen Stand zu beweisen habe, oder ob die Gewißheit, daß sie einmal ledig war, folglich ohne eine vorgegangene Veränderung es noch sey, zu ihrer Legitimation hinreiche?

Man wird keinen Anstand nehmen, den Beweis der Kuratelfreiheit sowohl, als auch den des ledigen Standes dem Kläger zu erlassen. Für die Theorie dürfte indessen noch Folgendes zu bemerken seyn.

§. 45.

Es kommt, wie in den vorigen Abschnitten gezeigt

wurde, keineswegs darauf an, daß ein gewisser faktischer Zustand nothwendig vorhanden seyn muß, wenn keine Veränderung desselben vorgegangen ist, sondern wer ein Recht geltend machen will, muß beweisen, nicht nur daß die rechtsbewirkende Thatsache vorhanden, sondern auch die rechtshindernde Thatsache zur Zeit der Rechtsentstehung nicht vorhanden, folglich auch eine Veränderung, unter deren Voraussetzung das Recht nicht hätte entstehen können, nicht vorgegangen war. So wird es zur Begründung einer Klage wegen beschädigter Feldfrüchte, nicht hinreichen, wenn der Kläger beweist, daß er das Feld, dessen Früchte beschädigt wurden, vor Zeiten besessen habe, folglich, wenn keine Veränderung inzwischen gekommen ist, noch besitze, sondern er muß darthun, daß er zur Zeit der Früchtebeschädigung noch Besitzer des Feldes war, folglich keine Besitzveränderung vorher vorgegangen sey.

Wollte man demnach das Recht, vor Gericht aufzutreten, als ein mit dem Rechte, welches in der Hauptsache geltend gemacht werden will, unzertrenntes Ganzes betrachten, so würde der Kläger immerhin den Beweis übernehmen müssen, daß er wenigstens zur Zeit, wo das Recht in der Hauptsache entstand, kuratelfrei, oder, wenn es eine Weibsperson ist, daß sie ledig gewesen sey; denn eine nachherige Veränderung würde zur Einrede gehören, und vom Beklagten bewiesen werden müssen.

Allein man muß das Recht, vor Gericht aufzutreten, die persönliche Streitfähigkeit, als ein ei=

genes selbstständiges von dem Recht in der Hauptsache unabhängiges Recht betrachten. Es ist ein Recht des persönlichen Zustandes (jus status). Ist dieses Recht für eine Person einmal entstanden, so gilt es als ein allgemeines, für alle einzelne Fälle, und es kann, wie das Recht in der Hauptsache, nur durch eine Einrede, welche eigends zu beweisen ist, entkräftet werden. Dieses Recht entsteht für jede Person mit dem Eintritt der Volljährigkeit, nicht aber erst bei einem jeden einzelnen Rechtsgeschäft. Der Kläger darf also, um dieses Recht darzuthun, nur seine Volljährigkeit beweisen; daß es durch Anordnung einer neuen Kuratel — denn die des Minderjährigen ist mit dem Eintritt der Volljährigkeit von selbst erloschen — oder durch Verheirathung einer Frauensperson wieder aufgehoben oder beschränkt worden sey, gehört zur Einrede, und nur die Wiederaufhebung der Ehe, oder der neuen Kuratel hat derjenige, dessen Streitfähigkeit bezweifelt wird, als Replik zu beweisen.

Es bedarf also zum Beweise der persönlichen Streitfähigkeit, wo sie nicht schon durch die That anerkannt ist, nur des Beweises der Volljährigkeit, und die Behauptung, daß das mit der Volljährigkeit von selbst entstandene Recht der Selbstständigkeit und Streitfähigkeit wieder aufgehoben worden sey, hat der Beklagte — nämlich diejenige Parthei, welche in diesem Punkte als angegriffen erscheint, und die Streitfähigkeit ihres Gegners leugnet, als eine wahre verzögerliche Einrede zu bewahrheiten.

§. 46.

II. Zuständigkeit des Rechts (Legitimatio ad causam.)

Die Legitimation zur Sache, oder der Beweis, daß eine Forderung, von ihrem Grunde oder Ungrunde abgesehen, wirklich der Person des Fordernden, nicht aber einem Dritten zustehe, trifft

a) in allen Fällen, in welchen der Forderer auch zugleich der ursprüngliche Erwerber der Forderung ist, mit dem Beweise der Hauptsache ganz zusammen. Wer beweist, daß Er mit dem Gegner einen Vertrag geschlossen habe, daß Er in einem Testament als Erbe eingesetzt sey, oder daß eine beschädigte Sache ihm gehöre, der beweiset eben dadurch auch, daß die im Vertrag, im Testament, oder in der Beschädigung gegründete Forderung ihm zustehe. Hierüber bedarf es keiner weitern Erörterung.

b) Wenn dagegen der Forderer der ursprüngliche Erwerber nicht ist, so muß er natürlicher Weise darthun, daß er die Forderung von dem ursprünglichen Erwerber rechtlich überkommen habe. Da dieses ein eigenes Rechtsgeschäft voraussetzt, und vom Beweise desselben im Allgemeinen das nämliche gilt, was weiter unten vom Beweis der Rechtsgeschäfte vorkommen wird: so ist auch hierüber am gegenwärtigen Orte im Allgemeinen nichts weiter zu sagen. Nur die bekannte Streitfrage:

ob bei abgetretenen Forderungen der Eintreter*) die nach dem anastasianischen Gesetze erforderliche volle Zahlung der Forderung an den Abtreter beweisen müsse? bedarf einer nähern Erörterung.

§. 47.

Weber nimmt**) keinen Anstand, der Minderzahl von Schriftstellern, nach welchen der Eintreter von diesem Beweise frei seyn soll, beizutreten, indem die Ansprüche des Eintreters durch die geschehene Abtretung an sich betrachtet schon hinlänglich begründet seyen, folglich es offenbar zu den Exzeptionen oder Repliken des Gegners gehöre, wenn die Thatsachen, welche lex anastasiana voraussetze, dagegen eingewendet würden.

Allein daß die Abtretung einer Forderung, nachdem einmal das anastasianische Gesetz vorhanden ist, die Ansprüche des Eintreters schon an sich begründe, ist wohl eine unrichtige Voraussetzung. Wenn das Gesetz bestimmt, daß eine nicht schenkungs-, sondern kaufsweise abgetretene Forderung, einige speziell benannte Fälle ausgenommen, nicht weiter, als auf die dafür bezahlte Summe eingeklagt werden könne, welche Bestimmung denn wirklich in dem anastasianischen

---

*) So glaube ich, kann das lateinische Wort: Cessionar füglich übersetzt werden, weßwegen ich auch den Ausdruck Abtreter für Cedent wähle.

**) S. 277.

Gesetze enthalten ist *): so folgt hieraus, dünkt mich, ganz offenbar, daß eine Abtretung der Forderung überhaupt, dem Eintreter noch kein Recht gebe, den vollen Betrag der abgetretenen Forderung einzuklagen, sondern die Abtretung muß entweder schenkungsweise geschehen seyn, oder der Eintreter muß den vollen Betrag der Forderung an den Abtreter bezahlt haben. Behauptet der abgetretene Schuldner, wenn er von dem Eintreter belangt wird, daß keines von beiden geschehen sey, so liegt in dieser Behauptung keine Thatsache, wodurch das schon begründete Klagerecht erst nach dessen Entstehung wieder aufgehoben oder beschränkt worden wäre, — also keine Einrede, welche der Beklagte zu beweisen hätte, sondern lediglich eine Ableugnung des Klagegrundes. Denn es wird ja behauptet, nicht daß das Klagerecht, durch eine neue Thatsache beschränkt, oder aufgehoben worden, sondern daß es wegen Mangel der gesetzlichen Erfordernisse der Thatsache, in dem Umfange wenigstens, in welchem es geltend gemacht werden will, für den Eintreter gar nicht entstanden sey.

Hiernach dürften also doch wohl diejenigen Recht haben, welche dem klagenden Eintreter den Beweis auflegen, daß er die ihm abgetretene Forderung entweder ganz geschenkt erhalten, oder daß er sie dem Abtreter ganz bezahlt habe. Etwas sonderbar mag

---

*) L. 22. C. mand. vel contra.

das anastasianische Gesetz wohl seyn. Allein wenn einmal der Eintreter nicht mehr, als er bezahlt hat, einzuklagen berechtigt seyn soll: so muß er nothwendig auch die Bezahlung als den Grund seines Klagerechts beweisen.

§. 48.

Von der Einrede der Simulation, und deren Beweise, welchen Weber allerdings mit Recht von dem Beklagten fordert, kann erst dann die Rede seyn, wenn der Kläger obigen Beweis geführt, und eine mit den gesetzlichen Erfordernissen versehene Abtretung dargethan hat. Denn nur unter dieser Voraussetzung ist die Einrede, daß diese Abtretung nur zum Schein geschehen sey, denkbar. Zwar ist die Einrede des Scheins keine wahre Einrede, sondern nur Ableugnung des Klagegrundes. Allein daß, und warum sie der Beklagte oder Angegriffene dennoch beweisen müsse, wird weiter unten gezeigt werden.

Ob übrigens eine Abtretungsurkunde, wodurch die Abtretung überhaupt erwiesen werden kann, auch zum Beweise der schenkungs- oder kaufsweise geschehenen Abtretung, und zum Beweise der Kaufssumme dienen könne, ist eine an sich betrachtet, nicht hieher gehörige Frage. Allein beiläufig bemerke ich, — und das dürfte zur Aufklärung des Mißverständnisses manches beitragen — daß die Bejahung dieser Frage keinem Zweifel unterworfen sey. Die Abtretung ist ein zwischen dem Abtreter und

Eintreter vorgegangenes Rechtsgeschäft, dessen Vollzug von ihrer wechselseitigen Willenserklärung abhängt. Hat also der letzte bewiesen, welche Willenserklärung der erste gemacht habe, und von ihm angenommen worden sey: so hat er auch das zwischen ihnen vorgegangene Rechtsgeschäft bewiesen. Der abgetretene Schuldner kann sich nicht darauf berufen, daß die vom Abtreter ausgestellte Urkunde, — wenn anders deren Richtigkeit und Aechtheit keinem Zweifel unterliegt, nur gegen den Aussteller, nicht aber gegen ihn, als einen Dritten, Beweiskraft habe. Denn sie spricht nicht von einer, dem abgetretenen Schuldner, als einem Dritten auferlegten Verbindlichkeit, sondern nur von dem zwischen dem Eintreter und Abtreter über eine schon bestehende Verbindlichkeit desselben abgeschlossenen Geschäft. Das Bestehen dieser Verbindlichkeit des abgetretenen Schuldners kann freilich die Abtretungsurkunde nicht beweisen, aber daß der Abtreter seine — wahre oder vermeintliche Forderung gegen den Schuldner dem Eintreter auf die Art und Weise, wie er durch die Urkunde bekennt, überlassen habe, das beweist die Abtretungsurkunde allerdings, sobald sie entweder gerichtlich ausgestellt, oder von dem Aussteller gerichtlich anerkannt, oder von dem Angegriffenen als ächt zugestanden ist. Es trifft daher unter dieser Voraussetzung die Reihe des Beweises den abgetretenen Schuldner, wenn er behauptet, daß die Abtretungserklärung nur zum Scheine gemacht, oder die Urkunde nur zum Scheine

ausgestellt sey. Dieser Beweis ist aber ein wahrer Gegenbeweis, wie sich unten noch deutlicher zeigen wird, und diesen Gegenbeweis scheint man mit dem ersten ursprünglichen Beweise zu verwechseln, wenn man glaubt, daß der abgetretene Schuldner den sogenannten Einwand des anastasianischen Gesetzes oder eigentlich die Ableugnung der diesem Gesetze gemäß geschehenen Abtretung zu beweisen habe.

Zweiter Absatz.

Vom Beweise für die Zuständigkeit eines Antrags in Bezug auf die Person, gegen welche derselbe gemacht wird.

---

§. 49.

Gleichwie derjenige, welcher einen Antrag vor Gericht macht, zeigen muß, daß der Antrag ihm zustehe, so muß er auch zeigen, daß sein Gegner die Person sey, gegen welche sein Antrag statt finde. Es kommt hier (bei der sogenannten Passiv-Legitimation) eben so, wie dort, (bei der Aktiv-Legitimation) darauf an, daß der Gegner streitfähig, und die Person sey, gegen welche das Recht gerichtet ist. Was aber

I. die persönliche Streitfähigkeit des Angegriffenen betrifft: so hat sie weder der Kläger von dem Beklagten, noch auch der Beklagte, wenn

er bei der Einrede Angreifer wird, von dem Kläger in der Wirklichkeit zu beweisen. Denn

1) der letzte kann seine persönliche Streitfähigkeit dem Beklagten gegenüber unmöglich leugnen, und die Antwort auf die Einrede — als ein Streitunfähiger verweigern wollen, da er sich als Kläger von selbst für streitfähig erklärt, und, wenn er die Klage anstellen kann, nothwendig auch zur Beantwortung der Einrede ermächtigt seyn muß.

2) Der Beklagte dagegen tritt zwar nicht freiwillig vor Gericht auf, und erklärt sich somit nicht selbst für streitfähig, wenn er etwa die Antwort auf die Klage verweigert. Allein da der Kläger, wenn er den Beklagten für streitfähig gelten lassen will, demselben ein Recht — nicht bestreitet, sondern einräumt, so kann ihm nicht erst der Beweis aufgebürdet werden, daß seinem Gegner dieses ihm zugestandene Recht wirklich zustehe, sondern es ist Sache des letzten, wenn er sich die Streitfähigkeit selbst absprechen will, diejenigen Personen, welche angeblich seine Person oder Sache zu vertreten haben, zur Hülfe aufzurufen.

§. 50.

II. Der Beweis für die Zuständigkeit eines Rechts gegen den bestimmten Gegner (eigentliche Passiv-Legitimation) ist

A) in allen jenen Fällen, in welchen das Recht schon ursprünglich bei seiner Entstehung gegen denselben gerichtet ist, mit dem Beweis der Hauptsache

eben so identisch, wie es die Aktiv-Legitimation in den Fällen ist, in welchen das Recht ursprünglich auf den Angreifer lautet. Die Passiv-Legitimation kann also hier nicht besonders zur Sprache kommen.

B) Ist aber das Recht nicht ursprünglich gegen den Angegriffenen, sondern gegen einen Andern gerichtet: so kann der Angegriffene (Beklagte) nur in so ferne der wahre Angegriffene (Beklagte) seyn, als er entweder

a) die Sache eines Andern gegen welche der Anspruch des Angreifers gerichtet ist, im Besitze hat, oder

b) in eine persönliche Verbindlichkeit des ursprünglich Verbundenen getreten ist.

§. 51.

Zu a. Besitzt im ersten Falle der Angegriffene und jetzige Besitzer die Sache im eigenen Namen: so ist er von selbst der wahre Angegriffene (oder Beklagte), weil hier der Anspruch nicht gegen die Person, sondern gegen die Sache, mag sie besitzen, wer da will, gerichtet ist. Der Besitz der Sache enthält die Passivlegitimation von selbst, weßwegen sie auch hier nicht besonders zur Sprache kommen kann.

Besitzt dagegen der Angegriffene nur im Namen eines Andern: so ist er dieses sein Verhältniß selbst anzuzeigen, und den wahren Beklagten, oder Angegriffenen zu benennen schuldig, wenn

er nicht als der wahre Besitzer, folglich als der wahre Angegriffene (liti se offerens) behandelt werden will.

Der Angreifer hat demnach auch hier keinen Beweis über die Passivlegitimation zu führen; und eben so wenig bedarf der Angegriffene, wenn er den wahren Autor nennt, eines Beweises. Denn in seiner Erklärung, nicht wahrer Besitzer zu seyn, liegt der Beweis seiner Behauptung von selbst, da er durch diese Erklärung, wäre er auch der wahre Besitzer, den Besitz — als durch seine ausdrückliche Willenserklärung, aufgäbe, folglich für seine Person dem Angreifer der Sache, und seinen Anspruch auf dieselbe nicht weiter streitig machen könnte, noch wollte.

§. 52.

Zu b) In die persönliche Verbindlichkeit eines Andern gegen den Angreifer kann der Angegriffene auf eine doppelte Weise eingetreten seyn, indem er nämlich entweder gegen den Angreifer selbst, die Verbindlichkeit eines Andern zu erfüllen, sich anheischig gemacht haben, oder indem er durch die Erbfolge in eine solche Verbindlichkeit eingetreten seyn kann. *)

---

*) Wenn der Beklagte schon ursprünglich eine Verbindlichkeit nicht im eigenen Namen, sondern nur aus Auftrag eines Dritten eingegangen zu haben behauptet, so ist dieses natürlich keine Einrede,

In beiden Fällen hat der Angreifer ohne Zweifel das Versprechen, den Vertrag oder den Erbschaftsantritt, die Legatenübernahme u. dgl., wodurch der Beklagte die fremde Verbindlichkeit auf sich geladen hat, zu beweisen, und zu zeigen, wie derselbe anstatt eines Andern sein Schuldner geworden sey.

Es versteht sich wohl von selbst, daß im letzten Falle ein Beweis dafür, daß der Angegriffene ein gültiges wahres Erbrecht — oder ein gültiges Recht auf das beschwerte Legat habe, ganz überflüssig sey, und der Beweis der Erbschafts- oder Legaten-Uebernahme genüge, indem der Angegriffene durch diese Uebernahme sich selbst für den Berechtigten ausgegeben hat, und wenn ihm der Angreifer dieses Recht einräumt, keinen Beweis hiefür fordern kann. Die Uebernahme einer Erbschaft oder eines Legats verbindet ihn von selbst, die darauf haftende Verbindlichkeiten zu erfüllen.

§. 53.

Eine bekannte Streitfrage ist es aber, ob die

---

sondern bloß Ableugnen des Klagegrunds, und der Kläger muß beweisen, daß der Beklagte selbst, nicht aber ein Dritter es sey, welcher sich ihm verbindlich gemacht habe: denn wenn der Beklagte sich als Bevollmächtigten eines Andern ausgab: so hat nicht er, sondern dieser Andere durch ihn eine Verbindlichkeit eingegangen.

Erbschaftsgläubiger und Legatarien, wenn sie den Notherben belangen wollen, den Beweis führen müssen, daß derselbe die Erbschaft angetreten, und der Rechtswohlthat, derselben zu entsagen, sich begeben habe, oder ob vielmehr der Erbe das Gegentheil, daß er nämlich die Erbschaft nicht übernommen habe, beweisen müsse. Weber ist der Meinung, daß die Gläubiger und Legatarien den Beweis zu führen hätten; und diese Meinung dürfte unter einigen näheren, zum Theil von Weber schon berührten Bestimmungen die richtige seyn. Denn nach dem neurömischen Rechte erwirbt auch der Notherbe eine Erbschaft nicht von selbst, und ohne sein Zuthun, sondern seine Unthätigkeit, vermöge deren er dieselbe weder durch den ausdrücklichen Antritt, noch auch durch seine Einmischung übernimmt, hat vielmehr, wenn sie ein Jahr lang gedauert hat, die Folge, als wenn er die Erbschaft ausgeschlagen hätte. *) Es ist also nicht genug, wenn die Gläubiger oder Legatarien zeigen, daß dem Sohn die Erbschaft seines Vaters angefallen sey, um ihn als Erben belangen zu können, sondern es wird hiezu noch der Beweis erfordert, daß derselbe auch wirklich mittelst Uebernahme der Erbschaft, Erbe geworden sey.

Indessen giebt es Fälle, in welchen der gerufene Erbe auch ohne eigentliche Uebernahme der Erbschaft den Gläubigern und Legatarien verant-

---

*) L. g. C. de jure delib. (6, 30).

22

wortlich wird, und in diesen Fällen ist es ganz natürlich hinreichend, wenn der besondere Grund der Verantwortlichkeit bewiesen wird. Solche Gründe sind: *)

1) Wenn der Erbe eine Frist zur Ueberlegung wegen des Erbschaftsantrittes obrigkeitlich nachgesucht und erhalten hat. Denn unter dieser Voraussetzung ist die ausdrückliche Entsagung der Erbschaft während der Ueberlegungsfrist nothwendig, wenn der Erbe den Gläubigern und Legatarien nicht verhaftet seyn soll. Ist also diese Voraussetzung und der Ablauf der Ueberlegungsfrist bewiesen: so ist die Reihe des Beweises an dem Erben, welcher diese Frist nachgesucht, und erhalten hat. Er muß nämlich darthun, daß er der Erbschaft während der ihm gestatteten Frist entsagt habe.

Zwar scheint es, daß das Nichtseyn der Entsagung mit zum Klagegrund gehöre, weil die Entstehung des Klagerechts durch dieses Nichtseyn bedingt ist. Allein dasselbe ist nicht in seinem Ursprunge, sondern nur in seiner Reife und Vollendung von dem Nichtseyn der Entsagung abhängig. Das Recht mußte nothwendig durch seine eigene ursprüngliche Kraft reif und vollendet werden, wenn der Erbe dieses nicht durch seine Entsagung verhindert hat. Die Entsagung erscheint deßwegen als eine Hemmung und Wiederaufhebung eines noch im

---

*) Nach L. 22. C. de jure delib.

Reifwerden begriffenen Rechts, und muß als eine wahre Einrede von demjenigen bewiesen werden, welcher sich durch dieselbe gegen das ohne diese Wiederaufhebung nothwendig vorhandene Recht schützen will, wie dieses bereits oben §. 25. näher ausgeführt wurde.

§. 54.

2) Der zweite Fall, in welchem der Erbe auch ohne eigentlichen Erbschaftsantritt den Gläubigern und Legatarien haften muß, ist der, wenn er ein Inventarium über den Nachlaß errichtet, um sich gegen dessen Ueberschuldung sicher zu stellen. Eigentlich gilt die Errichtung des Inventariums als ein wirklicher Erbschaftsantritt, weßhalb von der Ausschlagung der Erbschaft keine Rede mehr seyn kann.

Da indessen der Erbe in diesem Falle, wenn er das Inventarium innerhalb der vorgeschriebenen Frist, und in gesetzlicher Form fertigt, nicht weiter, als die Masse reicht, — wenn er dagegen Frist und Form nicht einhält, ohne Einschränkung haftet: so fragt es sich, wer das letzte zu beweisen habe?

Offenbar der beklagte Erbe. Denn dadurch, daß er das Inventarium beginnt, mischt er sich in die Erbschaft, und tritt sie durch die That an. Hierdurch wird seine unbeschränkte Verbindlichkeit ursprünglich schon, eben so wie im vorigen Fall, unter der verneinenden Bedingung begründet, wenn

er eine Einschränkung der im Reifwerden begriffenen ursprünglichen Verbindlichkeit nicht bewirkt. Diese durch die gehörige Fertigung des Inventariums bewirkte Einschränkung zu beweisen, ist Sache des Erben. Nur muß bemerkt werden, daß die Einhaltung einer Zeit an sich kein Gegenstand der Beweisführung seyn könne, sondern daß es auf den Anfangs- und Endepunkt der Zeit, und im vorliegenden Falle darauf ankomme, wann der Erbe Kenntniß von dem Erbanfall erhielt, wann ihm folglich die Frist zu laufen anfing, und wann er das Inventarium begann und vollendete. Letzteres — den Zeitpunkt des Beginnens und Vollendens muß allerdings der Erbe beweisen, aber, daß er früher, als er zugesteht, Kenntniß von dem Erbanfall gehabt habe, folglich die Frist früher zu laufen anfing, muß natürlich der klagende Gläubiger, welcher die Nichteinhaltung der Frist behauptet, darthun.

Dritter Absatz.

Vom Beweise für die Zuständigkeit des bestimmten Gerichtes.

---

§. 55.

Wer einen Antrag vor Gericht geltend machen will, muß ferner darthun, daß derselbe zur Entscheidung des bestimmten Gerichtes sich eigne.

Die sogenannte exceptio fori incompetentis ist an und für sich betrachtet, nichts weniger als eine wahre Einrede, sondern sie enthält gerade so, wie die exceptio deficientis legitimationis ad causam, vel rei non rite electi, die Ableugnung einer zur Anstellung der Klage gehörigen Bedingung. Diese Bedingung, daß z. B. der Beklagte seinen Wohnsitz im Bezirke des Gerichtes habe, wo gegen ihn geklagt wird, daß er daselbst einen Vertrag eingegangen, und zu erfüllen versprochen, daß er daselbst eine Verwaltung gehabt, oder daß die Sache, welche verfolgt wird, oder mit Arrest belegt werden soll, in dem Gerichtsbezirk sich befinde, ferner, daß das streitige Rechtsgeschäft ein solches sey, wofür besondere Gerichte angeordnet sind, oder daß es zu den gewöhnlichen gehöre, welche der Entscheidung der ordentlichen Gerichte unterliegen u. s. w. — diese Bedingung muß immer der Kläger bewahrheiten, wenn der Beklagte die Kompetenz des Gerichts wegen angeblichen Mangels derselben bestreitet; denn ohne deren Daseyn findet seine Klage vor dem Gerichte, wo er sie anbrachte, nicht statt, und daß sie nicht bloß überhaupt, sondern auch vor dem bestimmten Gericht statt finde — dieses zu beweisen kann nur ihm obliegen.

Indessen kann es auch wahre Einreden gegen den Gerichtsstand geben, wenn nämlich der Beklagte behauptet, daß derselbe zwar begründet gewesen, aber wieder aufgehoben worden sey. Wenn er z. B. die Kompetenz des Gerichts deßwegen bestreitet,

weil die Sache schon bei einem andern Gerichte anhängig gemacht sey (forum praeventum), oder weil bedungen worden, daß der Gerichtsstand des geschlossenen Vertrags, oder des Arrestes nicht geltend gemacht werden soll u. dgl., so muß natürlich der Beklagte diese Einreden beweisen.

Der Beweis des begründeten Gerichtsstandes ist oft mit dem Beweis der Hauptsache identisch. So kommt es bei Begründung des ordentlichen Gerichtsstandes immer darauf an, daß das streitige Rechtsgeschäft ein gewöhnliches, von der Kompetenz der ordentlichen Gerichte nicht ausgenommenes sey, was aus dem Beweis der Hauptsache sich von selbst ergiebt. So beweist sich der Gerichtsstand des geschlossenen Vertrags, oder der geführten Verwaltung durch den Vertrag und die Verwaltung selbst. In diesen Fällen ist es gar sehr auffallend, wenn dem Beklagten der Beweis seiner vermeintlichen exceptio fori incompetentis auferlegt wird, wovon mir folgendes Beispiel bekannt ist.

A klagte gegen den Landrichter B wegen gelieferten Naturalien zur Militärverpflegung. B wandte ein, daß er nicht als Privatperson mit dem Kläger einen Lieferungsvertrag geschlossen, sondern daß er als Staatsbeamter demselben eine Militärlast auferlegt habe, deren Ausgleichung vor der geeigneten administrativen Stelle gesucht werden müsse, daß folglich die Sache nicht vor die ordentliche Gerichtsbehörde gehöre. Es wurde dem Beklagten der Beweis auferlegt, daß er dem Kläger von amtswegen

den Auftrag zu der Lieferung gemacht habe. Allein davon, daß B nicht vermöge seines Amts, sondern als Privatperson die Lieferung verlangt habe, hieng das Klagerecht des A ab. Als Kläger hatte er in der Hauptsache hiefür den Beweis zu führen. Nun sollte der Beklagte das Gegentheil von dem Klagegrund beweisen, folglich den Gegenbeweis führen, ehe ein Vorbeweis geführt war. Dieser würde dem Kläger unstreitig auferlegt worden seyn, wenn der Beklagte, anstatt die Kompetenz des Gerichts zu bestreiten, die Klage bloß abgeleugnet hätte. Dadurch, daß er diese Ableugnung (der Thatsache nämlich als Privater gehandelt zu haben) in der Form der Einrede vorbrachte, und die exceptio fori incompetentis als eine wahre Einrede betrachtet wurde, verrückte man den wahren Gesichtspunkt, und wälzte die Beweislast nicht nur in der Neben-, sondern auch in der Hauptsache auf den Beklagten, ungeachtet sie dem Kläger in beider Hinsicht oblag.

§. 56.

Ist aber gleich der Beweis des begründeten Gerichtsstandes oft mit dem Beweis der Hauptsache einerlei, so scheint es mir doch, daß beide in dem Falle, wenn sich der Beklagte in der Hauptsache vor entschiedener Gerichtskompetenz nicht einläßt, von einander getrennt werden müssen. Denn wenn der Beklagte sich in der Hauptsache noch nicht erklärt hat, so kann man noch nicht wissen, welche Umstände abgeleugnet werden, und welcher Be-

weis nöthig seyn werde. Die Klage wird z. B. auf einen Vertrag gegründet, und bei dem Gerichte des geschlossenen Vertrags angebracht. Der Beklagte leugnet, daß der Vertrag im Bezirke dieses Gerichts abgeschlossen worden, und läßt sich deßhalb nicht ein. Nun kann man natürlich vom Kläger nur erst hierüber den Beweis verlangen, und es muß ihm vorbehalten bleiben, künftig, wenn der Beklagte zur Einlassung verurtheilt — auch die Vertragsbedingnisse leugnet, denselben Beweis — bloß mit Ausdehnung auf die speziellen Vertragspunkte — zu wiederholen. Es werden also dieselben Beweismittel über denselben Vertrag wieder aufgenommen werden müssen. Es wäre daher gewiß besser, wenn es dem Beklagten zur Pflicht gemacht würde, mit der sogenannten Einrede des nicht zuständigen Gerichts, oder eigentlich mit der Ableugnung des gehörigen Gerichtsstandes, wenigstens in den Fällen, in welchen dessen Begründung aus dem zur Klage gebrachten Rechtsgeschäfte selbst hervorgehen soll, sogleich die eventuelle Einlassung, oder wenigstens eine förmliche Beantwortung der Klage mit Vorbehalt der peremtorischen Einreden zu verbinden.

§. 57.

Um diejenigen Fälle, in welchen der Beweis des Gerichtsstandes vom Beweise des der Hauptsache verschieden ist, zu erörtern, werden folgende Bemerkungen genügen.

1. Da hier das Recht, den Beklagten vor ei-

nem bestimmten Gerichtsstand zu belangen, von dem die Hauptsache betreffenden Recht verschieden ist: so ist es nicht nöthig, daß der Kläger seinen Beweis auf die Zeit der angestellten Klage ausdehne, sondern es ist genug, wenn er zeigt, daß der Beklagte diesen Gerichtsstand einmal hatte. Es verhält sich hier gerade, wie mit der persönlichen Streitfähigkeit, wovon oben gehandelt wurde.

Wird es demnach bewiesen, daß der Beklagte einmal im Gerichtsbezirke seinen Wohnsitz hatte: so muß er auch die Kompedenz des Gerichs so lange anerkennen, als er nicht eine Veränderung seines Wohnsitzes nachweisen kann.

2) Dasselbe gilt auch, wenn der Beklagte einen persönlich privilegirten Gerichtsstand — etwa weil er von Adel sey, behauptet. Zwar gilt keine Vermuthung für irgend einen Stand. Allein wer in einem Gerichtsbezirke wohnt, muß der Natur der Sache nach ursprünglich diesem Gerichte unterworfen seyn. Die Verleihung des Adels oder eines andern Standes, womit ein privilegirter Gerichtsstand verbunden ist, erscheint als eine Aufhebung des ursprünglichen Gerichtsstandes. Der Beklagte muß also diese hinsichtlich seiner (oder seiner Vor-Eltern) einmal vorgegangene Abänderung seines ursprünglichen Gerichtsstandes beweisen — nicht weil letzterer nur vermuthet wird, sondern weil er, ohne Beweis, von selbst gewiß ist.

3. Wenn der Gerichtsstand von der Anwesenheit einer Sache im Gerichtsbezirke abhängt, so ver-

steht es sich von selbst, daß der Beweis hiefür, in so ferne es sich von einer unbeweglichen Sache handelt, (beim Gerichtsstand der belegenen Sache) keiner Beschränkung auf eine gewisse Zeit bedarf. Wohl aber bedarf es dieser Beschränkung, wenn, wie beim Gerichtsstande des Arrestes von einer beweglichen Sache die Rede ist. Hier entstand der Gerichtsstand nicht dann schon, wenn die Sache einmal im Gerichtsbezirke war, sondern nur wenn er zur Zeit der angestellten Klage da ist. Der Arrestkläger muß also das gegenwärtige Daseyn des in Arrest zu nehmenden Gegenstandes beweisen. Aber freilich liefert sich dieser Beweis durch die That selbst, und es bedarf nur der Aufforderung des Richters, die Sache in Beschlag zu nehmen. Ist sie dann nicht da, so wurde bloß dem Richter eine vergebliche Mühe gemacht, dem Beklagten aber nichts geschadet. Nur gegen einen dritten Intervenienten, wenn dieser die Sache entweder unmittelbar selbst, oder durch einen andern Inhaber besäße, (der nur in des Intervenienten Namen zu besitzen vorgäbe) würde der Arrestimpetrant, wenn der Impetrat sich der Sache nicht selbst annähme, den Beweis führen müssen, daß sie dem letzten gehöre, folglich ein Gegenstand seines Arrestgesuchs sey.

§. 58.

Es giebt Fälle, in welchem ein Gericht hinsichtlich der Klage kompetent ist, ohne es auch hinsichtlich der Einrede zu seyn. Dieses ist dann mög-

lich, wenn die Einrede von der Klage unabhängig bestehen kann, folglich eigentlich selbst eine Klage ist, und einer andern Klage als Einrede entgegengesetzt wird, z. B. bei der Einrede der Kompensation. Ist hier der Einwand — als Klage gedacht zu einem besondern Gerichtsstand der Sache geeignet: so muß er ohne Zweifel verworfen werden. Z. B. Eine Gemeinde klagt von der andern ein Anlehen ein. Die Beklagte behauptet, daß sie wegen zuviel getragener Kriegslasten eine gleiche Forderung an die klagende Gemeinde zu machen habe, folglich beide Forderungen sich kompensirten. Ohne Zweifel wird man die Beklagte mit ihrem Einwand an das besondere Gericht — die Administrativstelle *) verweisen, wohin die Streitigkeiten über Kriegslasten-Ausgleichungen gehören. Das nämliche wird beobachtet werden müssen **), wenn der Kläger einen privilegirten Gerichtsstand hat, und die Widerklage, welche den Kompensationseinwand begründen soll, mit der Klage in keiner Verwandtschaft steht.

In diesem und ähnlichen Fällen trifft den Beklagten hinsichtlich seiner Einrede die nämliche Last, die Gerichtskompetenz zu beweisen, welche hinsichtlich der Klage dem Kläger obliegt.

---

*) In Bayern ist bei Streitigkeiten über Kriegslasten-Ausgleichung das Generalkommissariat die kompetente Stelle.

**) Nach der bayer. Gerichtsordn. Kapit. 8. §. 1. N. 2.

Ein merkwürdiges Beispiel dieser Art ist folgendes:

Der Kurator A bewirkt bei dem seinem Kuranden vorgesetzten Obergericht einen Arrestbefehl, vermöge dessen einige von dem Kuranden an B veräußerte Mobilien, diesem abgenommen, und bis zum Ausgang der Sache in gerichtliche Verwahrung genommen werden. Nun stellt A gegen B bei dem betreffenden Untergericht, wo der Beklagte seinen persönlichen Gerichtsstand hat, die Vindikationsklage an. Der Beklagte setzt dem Kläger die Einrede des Spoliums entgegen, indem ihm die im rechtlichen Besitz gehabten Mobilien ohne allen vorher gegangenen Rechtsstreit, und ohne rechtliches Erkenntniß über den Besitz, entzogen worden seyen. Da nach dem kanonischen Rechte auch der Richter durch einen widerrechtlich verfügten Arrest ein Spolium begehen kann, und die Einrede des Spoliums auch gegen den Dritten — folglich hier gegen den Kläger, wenn er auch nicht als Impetrant des Arrestbefehls Theilnehmer desselben wäre, statt findet: so kommt es allerdings auf die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des verfügten Arrestes an. Allein der Richter, bei welchem die Einrede des Spoliums gemacht wird, kann hierüber nicht entscheiden, da der Arrest von dem Obergericht verfügt wurde — und das nämliche tritt auch dann ein, wenn er den Arrest selbst verfügt hätte, da über seine eigene Verfügungen nur in höherer Instanz geurtheilt werden kann. Es muß also die Einrede, als nicht zur

Kompetenz des Gerichts gehörig — so lange nicht darüber gehörigen Orts, nämlich im vorliegenden Fall bei dem obersten Gerichte entschieden ist, verworfen werden.

Ob die Verweisung der Einrede zu einem höhern Gerichte nicht auch die Hemmung der Klage zur Folge haben müsse, ist eine nicht hieher gehörige Frage. Im vorliegenden Falle wurde sie bejahend entschieden. Allein mir scheint es, daß eine, wegen Inkompetenz des Gerichtes abgewiesene Einrede, den Fortgang der Klage nicht hemmen könne, widrigenfalls wird die Einheit des Gerichts gestört, und zwei Richter verschiedener Instanzen theilen einen und den nämlichen Prozeß in derselben Instanz unter sich, indem der Eine über die Klage, der andere über die Einrede zu entscheiden hätte. Wenigstens sollte man dem Beklagten, wenn die Klage bis zur Entscheidung eines andern Richters über die Einrede ruhen soll, eine Frist vorschreiben, binnen welcher er seine Einrede bei dem kompetenten Gerichte als Klage anzubringen hätte, um den Kläger nicht zu zwingen, daß er entweder dieses abwarten, oder den Beklagten noch besonders zur Klage auffordern muß.

Auf diese Art würde auch die Einrede auf eine dem Prozeß gemäße Form behandelt, indem die dem Beklagten gemachte Auflage, die Einrede bei dem kompetenten Gerichte binnen einer gewissen Frist entscheiden zu lassen, als eine Beweisauflage erscheinen würde. Wogegen, wenn die Klage mit der Ein=

rede zurückgewiesen wird, jene als zur Zeit unbegründet erscheint, was sie doch nicht ist.

Die Beweisauflage ist auch, wenn man einmal annimmt, daß die Einrede nicht ohne Entscheidung verworfen, oder genauer genommen, ohne die Klage aufzuhalten, an das kompetente Gericht verwiesen werden kann, ganz den Grundsätzen von der Beweislast gemäß, denn kann der Richter über die Gültigkeit der Einrede nicht selbst entscheiden, so muß ihm diese Gültigkeit, soll er sie berücksichtigen, bewiesen werden, um diesen Beweis beizubringen, liegt natürlich dem Beklagten ob.

Zweiter Abschnitt.

Von den innerlichen Bedingungen eines auf eine Klage oder Einrede gestützten Antrags.

---

§. 59.

Die innerlichen Bedingungen eines auf eine Klage oder Einrede gestützten Antrages vor Gericht bestehen in denjenigen Handlungen oder Begebenheiten und Verhältnissen, wodurch ein Recht, oder dessen Wiederaufhebung bewirkt worden seyn soll. Diese Handlungen oder Begebenheiten und Verhältnisse

wurden oben unter dem Begriff der Thatsache zusammengefaßt. Mithin ist, wie schon die Regel aussagt, die Thatsache der Inbegriff der zu beweisenden innerlichen Bedingungen eines Antrags.

Da die Thatsache aus natürlichen Begebenheiten und Verhältnissen eben sowohl, als aus menschlichen Handlungen bestehen kann: so erscheint sie theils als ein Erzeugniß der willenlosen Natur, theils aber auch als ein Erzeugniß des durch Handlungen geäußerten menschlichen Willens, oder einer Willenshandlung. In der ersten Bezeichnung kommt es nur darauf an, was die Natur gethan hat, oder was durch sie geschehen ist. Nur der Inhalt der Thatsache kommt hier in Betrachtung.

In so ferne dagegen die Thatsache das Erzeugniß einer menschlichen Handlung, und gewissermaßen die menschliche Handlung selbst ist, kommt es neben dem Inhalte der Thatsache auch zugleich auf deren Gültigkeit, oder darauf an, wie, in welcher Absicht, und mit welchem Willen etwas gethan wurde. In der letzten Beziehung ist also die Gültigkeit der Thatsache — welche Handlung ist, von dem Inhalt derselben zu trennen, und es soll nun zuerst von jener gehandelt werden.

Erster Absatz.

Von der Gültigkeit einer aus dem menschlichen Willen erzeugten Thatsache.

---

§. 60.

Die Gültigkeit einer aus dem menschlichen Willen erzeugten Thatsache, oder kürzer: die Rechtsgültigkeit einer Handlung ist auf eine doppelte Weise bedingt. Denn da für menschliche Handlungen bestimmte Formen vom Gesetze vorgeschrieben seyn können: so hängt deren Gültigkeit nicht nur

I. davon ab, daß der Wille bei der Handlung gehörig mitgewirkt habe, sondern es kommt auch noch

II. darauf an, daß die Handlung in der gehörigen Form geschehen sey.

§. 61.

Zu I. Was die gehörige Mitwirkung des Willens zu einer Handlung betrifft, so kann derselbe in der Sinnenwelt, und vor dem weltlichen Richterstuhl natürlicher Weise nur in so ferne zur Sprache kommen, als derselbe in der Handlung sich äußert, und eine sinnliche Wirkung (Körperbewegung, Gebehrde, Sprache, Thun ꝛc.) hervorbringt. Hiebei kommt nun alles darauf an,

1) daß der Handelnde seinen Willen mit rechtlicher Wirkung äußern könne, oder daß er hiezu die persönliche Fähigkeit besitze,

2) daß derselbe seinen Willen frei, ohne Furcht und Zwang, — und

3) daß er denselben ernstlich — nicht bloß zum Schein, oder im Scherze geäußert habe.

Jede dieser Rücksichten verdient eine besondere Betrachtung.

§. 62.

Zu I. Was zuvörderst die persönliche Fähigkeit, seinen Willen mit rechtlicher Wirkung zu äußern, anbelangt: so ist zwar diese Fähigkeit ein nothwendiges Erforderniß, wenn aus einer Willenshandlung ein Recht erwachsen soll. Allein, wenn schon hiernach derjenige, welcher aus einer Willenshandlung ein Recht für sich ableitet, der Natur der Sache nach stets der Beweispflichtige ist: so liegt doch der Beweis oft schon in der Handlung selbst, weshalb derjenige, welcher die Gültigkeit der Handlung leugnet, sofort mit dem Gegenbeweis den Anfang machen muß. Wer nämlich

a) die Gültigkeit seiner eigenen Handlung wegen Mangel an persönlicher Fähigkeit zur Willensäußerung leugnet, der muß offenbar sofort mit dem Gegenbeweis beginnen, denn durch seine Handlung, — vorausgesetzt, daß sie objektiv betrachtet die Handlung eines vernünftigen Menschen ist, und folglich nicht von selbst als ungültig erscheint, — hat er seine persönliche Fähigkeit schon auf eine bündige Weise anerkannt. Er kann also nicht erst den Beweis fordern, daß ihm die Fähigkeit zukom-

me, welche er sich selbst schon beigelegt hat. Sein durch die That abgelegtes Zugeständniß überhebt den Angreifer des Beweises.

b) Wird dagegen die Gültigkeit einer Handlung wegen obigen Mangels von dem Gegner des Handelnden geleugnet: so muß natürlich der letzte den Beweis übernehmen, daß er zu der gemachten Willensäußerung fähig gewesen, und also gültig gehandelt habe. Indessen kann auch hier diese Fähigkeit entweder von dem Leugnenden schon durch die That anerkannt seyn, oder der Beweis dafür kann in der Handlung selbst liegen.

Das erste ist, wie oben §. 43 gezeigt wurde, alsdann der Fall, wenn die Handlung in einem zweiseitigen Vertrag bestand, folglich die Partheien eben dadurch, daß sie einen Vertrag mit einander schlossen, sich wechselseitig auch als fähig zu der hiemit verbundenen Willenserklärung anerkannten.

Was dagegen die zweite Behauptung anbelangt, daß nämlich der Beweis für die Fähigkeit zur Willensäußerung in der Handlung selbst enthalten seyn könne, so muß man zwischen dem Mangel, welcher auf äußerlichen Bedingungen beruht, und zwischen dem Mangel, welcher sich im Geiste und Verstande des Handelnden findet, einen Unterschied machen. Ob der Mangel der ersten Art, z. B. die Minderjährigkeit vorhanden war, oder nicht, kann aus der Handlung nicht erkannt werden. Darum muß der Handelnde, um die Gültigkeit jener einseitigen, mithin nicht anerkannten Handlung

zu beweisen, seine Volljährigkeit eben so darthun, wie sie nach der oben vorgekommenen Erörterung der Kläger darthun muß, um seine persönliche Streitfähigkeit zu zeigen.

§. 63.

Ganz anders verhält es sich mit dem innerlichen Mangel am Geiste und Verstand. Dieser Mangel spricht sich durch die Willenshandlung von selbst aus, und er ist für den Richter auf Erden nur in so ferne vorhanden, als er sich durch Handlungen äußerlich zu erkennen giebt. Eine äußerlich und an sich betrachtet vernünftige Erklärung kann nicht die Erklärung eines Wahnsinnigen seyn, wenigstens liefert sie den Beweis für den irdischen Richter, daß derjenige, welcher eine an sich vernünftige Erklärung machte, im Augenblick der gemachten Erklärung nicht unvernünftig war. Wer also das Daseyn einer äußerlich vernünftigen Willenshandlung beweist, der bedarf des weitern Beweises für die innerliche Vernünftigkeit derselben nimmermehr.

Indessen versteht es sich von selbst, daß eine Willenshandlung nicht bloß nach ihren einzelnen Bestandtheilen, sondern immer als Ein Ganzes beurtheilt werden müsse, dieselbe mag aus noch so vielen Absätzen bestehen. So ist z. B. die Erklärung: ich schenke dem A meine goldene Uhr, weil er mir viele Wohlthaten erwiesen hat, nur Eine Erklärung, obwohl sie aus zwei Sätzen zusammen=

gesetzt ist, und der erste für sich allein bestehen konnte. Denn wäre der zweite Satz ein anderer, so könnte es sich leicht fügen, daß zwei Sätze, wovon jeder einzeln genommen vernünftig wäre, doch ein unvernünftiges Ganze bildeten. Man füge z. B. dem ersten Satz: ich schenke dem A meine goldene Uhr, den zweiten hiezu: weil er ein Spitzbub ist, so ist die Willenserklärung eine unvernünftige. So verhält es sich auch mit andern Thatsachen, z. B. wenn die Erklärung im Traume, oder unter widersprechenden Gebehrden geschah.

Soll demnach eine Willenshandlung wegen ihrer äußerlichen Vernunftmäßigkeit gelten: so muß sie in ihrem ganzen Umfange gewiß, und es muß, wie die aufgestellte Regel ergiebt, und im dritten Abschnitte der ersten Abtheilung ausgeführt wurde, dargethan seyn, daß keine der Thatsache widersprechenden Merkmale mit derselben verbunden gewesen, oder daß, wenn man die Regel hier näher anwendet, der vernünftigen Willensäußerung keine Aeußerung, welche sie aus einer vernünftigen zur unvernünftigen machen würde, in der Art, daß beide Ein Ganzes — Eine Erklärung bilden, hinzugefügt worden sey.

§. 64.

Zu 2. Die Freiheit der Willensäußerung kann durch Furcht, oder Zwang gestört werden. In beiden Fällen wird nothwendig eine Thatsache, wodurch sie bewirkt wurden, vorausge-

setzt. Denn der Zwang ist schon seinem Begriffe nach ohne eine Thatsache, welche Mittel dazu seyn muß, gar nicht denkbar, und eine Furcht, welche nicht durch etwas Aeußerliches, was wieder nur Thatsache seyn kann, bewirkt worden wäre, ist ein leeres Nichts für den irdischen Richter.

Die Zwang oder Furcht bewirkende Thatsache muß mit der Willensäußerung, deren Gültigkeit dadurch gehindert worden seyn soll, zu gleicher Zeit vorhanden, oder, wenigstens zu gleicher Zeit wirksam seyn, wenn sie etwa derselben vorangegangen ist. Diese Thatsache erscheint somit als ein der rechtserzeugenden Thatsache widersprechendes Merkmal, dessen Nichtdaseyn nach der gegebenen Regel von demjenigen, welcher aus der Willenshandlung eines Andern ein Recht ableiten will, eben so bewiesen werden muß, wie nach dem vorigen §. das Nichtdaseyn eines der vernünftigen Willensäußerung widersprechenden Zusatzes zu bewahrheiten ist.

Allein der Beweis, daß eine Willenshandlung nicht durch Furcht oder Zwang bewirkt worden sey, ist geliefert, sobald die Zeugen, welche die Willenshandlung wahrgenommen haben, von einer Furcht oder Zwang bewirkenden Thatsache, die zu gleicher Zeit vorhanden gewesen wäre, nichts bemerkten, oder wenn eine Urkunde die Willenshandlung ausdrückt, ohne einer solchen Thatsache zu erwähnen. Denn in beiden Fällen erscheint die Willenshandlung, so wie sie durch Zeugen oder Urkunden (oder auch durch den Eid) dargethan wird, äußerlich ganz tadel=

los. Die Zwang oder Furcht bewirkende Thatsache kann zwar der unsichtbaren Wirkung nach damit verbunden gewesen seyn. Allein als etwas Aeußerliches war sie davon getrennt, und erscheint als eine von der rechtserzeugenden Willenshandlung verschiedene Thatsache. Sie bildet somit eine Einrede, welche besonders bewiesen werden muß. Zwar ist die Einrede der Furcht oder des Zwangs keine wahre rechtszerstörende Einrede, weil Zwang und Furcht nicht ein entstandenes Recht vernichten, sondern nur durch ihre Einwirkung dessen Entstehung hindern können. Der Beweis hiefür ist darum auch dem Begriffe nach kein Vor- sondern Gegenbeweis, indem dadurch nur der Beweis, daß eine Willenshandlung frei, ohne Furcht und Zwang, geschehen sey, auf eine mittelbare Art, nämlich durch den Beweis, daß Furcht oder Zwang durch eine abgesonderte Thatsache erregt, bei der Willenshandlung heimlich und unsichtbar mitgewirkt haben, entkräftet werden soll. Allein eben deswegen, weil die Zwang oder Furcht bewirkende Thatsache von der rechtserzeugenden Willenshandlung abgesondert ist, bildet sie in der Wirklichkeit eine Einrede, nach welcher das aus der Willenshandlung entstehende Recht, schon im Voraus vernichtet worden seyn soll.

Wegen dieser Eigenheit hat die Einrede der Furcht oder des Zwanges, wenn sie erwiesen wird, nicht die Entbindung des Beklagten von der Klage, wobei eine Zerstörung des schon bestandenen

Klagrechts vorausgesetzt wird, sondern eine Nichtigkeitserklärung, oder eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Folge. Aber eines Beweises bedarf diese Einrede, welche dem Begriffe nach nur Ableugnung des Klagegrundes ist, bloß in dem Falle, wenn zuerst eine äußerlich tadellose Willenshandlung bewiesen ist, und Furcht oder Zwang hiebei nur unsichtbar mitwirkten, weil deren äußerliche Merkmale eine von der Willenshandlung getrennte Thatsache bilden.

§. 65.

Zu 3. Der Ernst einer übrigens freien Willensäußerung findet seine Gränze am Scherze oder Scheine. Was

a) zuvörderst den letzten betrifft, so muß die Einrede des Scheins eben so, und aus gleichen Gründen, wie die Einrede der Furcht oder des Zwanges bewiesen werden, obschon auch sie keine wahre Einrede ist. Ja es bedarf hier nicht einmal vorher des Beweises, daß die Willensäußerung mit keinen, deren Ernst störenden Merkmalen verbunden gewesen sey. Denn wer eine Willensäußerung zum Scheine macht, der macht sie so, daß sie äußerlich von der wahren Willensäußerung nicht verschieden ist. Denn sonst könnte sie den Schein der wahren nicht an sich tragen, und nicht äußerlich als eine ernstliche erscheinen.

Wer demnach den Einwand des Scheins macht, der gesteht eben dadurch das Daseyn einer Schein-

willensäußerung, oder einer solchen Willensäußerung zu, welche äußerlich von der wahren nicht verschieden ist. Es bleibt ihm also nur übrig, das Daseyn einer andern von der Willensäußerung verschiedenen Thatsache (z. B. eine vorher gegangene Verabredung), wodurch der innerliche Mangel des Ernstes auch äußerlich kennbar wird, zu bewahrheiten. Es gilt hier alles was im vorigen §. vom Beweise der Furcht und des Zwanges, in so ferne sie bei der Willenserklärung nur unsichtbar einwirkten, gesagt worden ist.

§. 66.

b) Ganz anders verhält es sich mit der Einrede des Scherzes. Der Scherz wird nicht erst durch eine von der Willensäußerung verschiedene Thatsache erkannt, sondern er ist eine von der Willensäußerung unzertrennliche Eigenschaft der Willensäußerung selbst. Ton und Gebehrde bezeichnen ihn, und wer etwas mit der Miene, und mit dem Ton der Stimme versprochen hat, daß es jeder nicht unterrichtete Dritte für Ernst hielt, der hat nicht im Scherze, sondern wenn es ihm nicht Ernst war, zum Scheine versprochen.

Es ist demnach Sache des Angreifers, ein ernstliches Versprechen, eine ernstliche Willensäußerung, welche die Merkmale des Scherzes nicht schon äußerlich an sich trug, im Falle des Leugnens, zu beweisen. Aber es geht aus der bisherigen Erörterung klar hervor, daß es genug ist, wenn seine

Zeugen bekunden, daß sie die Willensäußerung für Ernst hielten, oder wenn er eine Urkunde über dieselbe aufweisen kann. Denn die Urkunde, welche vom Scherze nichts meldet, beweiset eben dadurch eine ernstliche Willenserklärung, und ein Versprechen, welches unpartheiische Dritte für Ernst hielten, muß nothwendig auch den äußern Anschein des Ernstes gehabt haben, folglich zum Scheine, nicht aber im Scherze gemacht worden seyn.

§. 67.

Zu II. Aeußerliche Form einer Willenshandlung.

Nach dem natürlichen Rechte hat die Form, in welcher irgend eine Thatsache erscheint, auf deren Rechtsgültigkeit keinen Einfluß. Ob ein Versprechen mündlich oder schriftlich gemacht, ob es durch die Worte: ich verspreche, oder durch andere ausgedrückt wurde u. dgl., ist an und für sich gleichgültig.

Wenn dagegen die Gesetze für eine Willenshandlung — denn für eine bloß von der Natur bewirkte Thatsache ist dieses unmöglich — eine bestimmte Form vorgeschrieben haben: so kann die Gültigkeit der Handlung von der Beobachtung dieser Form abhängen.

Wird nun in dieser Beziehung über die Gültigkeit einer Willenshandlung gestritten: so kann der Streit

a) entweder die Frage betreffen, ob für die

Handlung eine Form vorgeschrieben sey, und worin sie bestehe? oder

b) der Streit kann auch die Frage, ob die Form beobachtet worden sey, oder nicht? zum Gegenstande haben.

§. 68.

Zu a. Wird über die Frage gestritten, ob und welche Form für eine Handlung vorgeschrieben sey, so muß der Richter,

1) wenn bloß von einer durch notorische Gesetze vorgeschriebenen Form die Rede ist, den Streit sofort, ohne einen Beweis zu fordern, nach seiner eigenen Gesetzeskenntniß entscheiden *).

2) Kommt es aber auf eine durch nicht notorische Gesetze vorgeschriebene Form an: so muß derjenige, welcher die Gültigkeit einer Handlung wegen Verletzung dieser Form entweder als Beklagter leugnet, oder als Kläger bestreitet und angreift, allerst das gedachte Gesetz nach den im ersten Abschnitt der vorigen Abtheilung angegebenen Grundsätzen beweisen.

Es gilt keine Vermuthung, daß für irgend ein Rechtsgeschäft, z. B. für Testamente überall positive Formen, am allerwenigsten aber dafür, was für Formen vorgeschrieben seyen. Wer also z. B. die Gültigkeit eines in Konstantinopel errichteten Testaments wegen Nichteinhaltung der Form vor deut-

*) Nach den oben §. 4. und 5. angegebenen Grundsätzen.

schen Gerichten in Abrede stellt, der muß allererst darthun, daß, und welche positive Formen in Konstantinopel für die Testamentserrichtung vorgeschrieben seyen. Hierüber bedarf es keiner weitern Ausführung.

§. 69.

Zu b. Sind die Partheien darüber, ob die vorgeschriebene Form bei einer Willenshandlung beobachtet worden sey, oder nicht, im Streite befangen: so gilt die Regel: Wer aus der Handlung, deren Förmlichkeit bestritten ist, ein Recht — sey es das Recht der Klage, oder das Recht der Einrede — geltend machen will, muß die geschehene Beobachtung der Form, — wer aber ein vollzogenes und durch den Vollzug als gültig anerkanntes Geschäft wegen dessen Unförmlichkeit wieder umstoßen will, muß die Vernachläßigung der Form beweisen.

Hierüber werden folgende Erläuterungen genügen:

1) Wer ein Recht, Klage oder Einrede aus einer Willenshandlung ableitet: der muß natürlich darthun, daß die Willenshandlung gültig, folglich in der gehörigen Form geschehen sey *).

2) Diese Verbindlichkeit erstreckt sich auch auf

---

*) Die dem Anscheine nach widersprechenden römischen Gesetze werden durch die folgenden Anmerkungen erläutert werden.

die gehörige Eigenschaft derjenigen Thatsachen, welche unter der Form begriffen sind, in so ferne diese Eigenschaft nicht eine innerliche ist, und deswegen, wie §. 63 gezeigt wurde, durch die That selbst bewiesen wird. Wenn z. B. zur Errichtung eines Testaments sieben mündige, und ihres Verstandes mächtige Zeugen erfordert werden, darüber aber, ob ein Zeuge diese beiden Eigenschaften hatte, ein Streit entsteht: so beweiset zwar die Handlung des Zeugen, wenn er sich als Zeuge gehörig benommen hat, seine Vernünftigkeit von selbst, denn der Mangel des Verstandes war dann ein unsichtbarer, welcher nach den frühern Erörterungen besonders dargethan werden muß *). Die Mündigkeit desselben aber muß als eine äußerliche **) Eigenschaft, welche in der Handlung selbst nicht zum Vorschein kommen kann, von demjenigen, welcher die Einhaltnng der Form beweisen muß, mitbewiesen werden.

*) Von einem solchen Mangel ist L. 11. C. de probat. zu verstehen, falls es sich nicht auf ein schon als gültig anerkanntes Testament bezieht. „Si scriptum heredem ab amita tua vel de testamenti vitio, vel quacunque alia causa non posse obtinere hereditatem a te probari posse confidis, de hac hereditate agere potes.“

**) Nämlich als eine außerhalb der Person liegende Eigenschaft, im Gegensatz des Verstandes und der innern Geistesfähigkeit.

Weber scheint zwar in diesem Punkte anderer Meinung zu seyn, wenn er *) sagt: daß der Beweisführer nur die äußere Richtigkeit der Form beglaubigen müsse, und die natürliche oder bürgerliche Fähigkeit der Testamentszeugen von dem Beweise ausnimmt. Allein die Fähigkeit der Testamentszeugen gehört offenbar mit zur Form des Testamentes, und wo sie sich nicht von selbst durch die That beweiset, ist sie unter der äußern Richtigkeit der Form mit begriffen.

§. 70.

3) Hat derjenige, gegen welchen der Beweis für die Förmlichkeit einer Handlung geführt werden soll, diese Handlung schon als eine gültige eingestanden: so fällt der Beweis als überflüssig hinweg, denn es ist eben dadurch auch die Förmlichkeit eingestanden. Daher ist anzunehmen, daß derjenige, welcher etwas versprochen zu haben schriftlich bekennt, das Versprechen in der gehörigen Form gethan habe **).

---

*) IV, 30.

**) §. 17. J. de inutilib. stipul. „Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit.“
L. 30. D, de V. O. „ — — si quis fideiussisse se scripserit, videri omnia solenniter acta.“
Gleichen Inhalts sind §. ult. J. de fideius, und L. 14. C. de contrab. et committ. stipulat.

4) Ein gleiches Zugeständniß oder Anerkenntniß liegt in dem Vollzuge eines Rechtsgeschäftes. Daher muß derjenige, welcher ein Geschäft, das er selbst vollzogen hat, wieder aufgehoben wissen will, den Beweis übernehmen, daß dasselbe wegen Mangels an Form ungültig war *).

Vor dem Vollzug eines Geschäftes kann Niemand versucht werden, auf die Aufhebung desselben zu klagen, denn er ist noch im Besitze, oder in dem unveränderten Zustand, welcher ohne das Rechtsgeschäft vorhanden ist und fortdauert. Er kann also den Angriff des Gegners ruhig abwarten, oder ihn höchstens zur Klage auffordern, ohne selbst eines Beweises für die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes zu bedürfen. Wer aber das Rechtsgeschäft schon erfüllt hat, der hat es nicht nur als ein gültiges schon anerkannt, sondern er hat sich auch in die Lage versetzt, selbst den Angreifer machen zu müssen, um die vorige Lage, welche er selbst aufhob, oder aufheben ließ, wieder herzustellen. Daher hat der Kläger nicht nur in diesem, sondern auch in andern Fällen die Ungültigkeit des erfüllten Rechtsgeschäfts als seinen Klagegrund darzuthun, wie unten noch bemerkt werden wird.

---

*) L. 5. §. 1. D. de probat. „Si quis negat, emancipationem rite factam, probationem ipsum probari debere.“

Zweiter Absatz.

Von dem Beweise für den Inhalt einer Thatsache.

§. 71.

Der Inhalt der Thatsachen, wodurch Rechte entstehen und erlöschen können, ist unendlich mannigfaltig. Die Rechtstheorie faßt denselben in Begriffe, welche, in so ferne sie nicht bloß auf Begebenheiten, sondern auch auf Handlungen beziehen, Rechtsgeschäfte genannt werden können.

Alle Rechtsgeschäfte, nebst den übrigen von der Natur ausgehenden Thatsachen, wodurch Rechte entstehen und erlöschen, hier anzuführen, und die bisherigen Grundsätze auf jedes Rechtsgeschäft, und jede Thatsache einzeln anzuwenden, wie es das System mit sich bringt, wäre überflüssig. Bloß die zur Begründung der sogenannten Negatorienklage gehörige Thatsache soll, weil die Rechtsgelehrten hierüber noch uneins sind, im folgenden letzten Absatz einer besondern Erörterung unterworfen werden. Im übrigen werden hier einige allgemeine Bemerkungen genügen.

§. 72.

Jede Thatsache, — und hierunter ist auch das Rechtsgeschäft, als eine, Handlungen in sich fassende, Thatsache begriffen — besteht theils in dem Seyn gewisser faktischen Merkmale, theils aber

auch, wie schon gezeigt worden ist, in dem Nichtseyn aller jener Merkmale, welche dem Begriff der Thatsache widersprechen, und sie in einen andern verwandeln würden. Beides, Seyn und Nichtseyn, muß im Leugnungsfalle bewiesen werden, wiewohl das letzte sich gewöhnlich von selbst beweiset.

Die faktischen Merkmale, aus deren Seyn und Nichtseyn die Thatsachen bestehen, lassen sich in drei Klassen ordnen. Es sind nämlich entweder

I. zweiseitige Handlungen — Verträge, oder es sind

II. sogenannte einseitige Handlungen, oder sie bestehen

III. bloß in natürlichen Begebenheiten und Verhältnissen.

Nach dieser Ordnung sollen nun die noch übrigen Bemerkungen vorgetragen werden.

§. 73.

Zu I. Hinsichtlich der zweiseitigen Handlungen oder Verträge muß derjenige, welcher hieraus ein Recht, oder dessen Aufhebung ableitet, 1) beweisen, daß sein Gegner nicht nur überhaupt in das Rechtsgeschäft gewilligt, sondern auch, daß seine Einwilligung den nämlichen Gegenstand, worauf es ankommt, betroffen habe. Eine Bejahung, deren Gegenstand ungewiß ist, kann nicht als hinreichend angenommen werden. Hierüber ist mir folgendes Beispiel bekannt. Ein herrschaftlicher Verwalter hatte

in einer Rechnung eine gewisse Summe für Holzgelder, welche er zu beziehen hatte, in Ausgabe gestellt, folglich dadurch deren Empfang zugestanden. Er hatte indessen zu einer andern Zeit eine besondere Quittung über empfangene Holzgelder, welche hier spezifizirt wurden, ausgestellt. Es entstand nun die Frage: ob die besonders, und spezifisch quittirten Holzgelder unter der Summe, welche in der Rechnung überhaupt, und ohne Spezifikation verausgabt worden war, begriffen gewesen sey, oder nicht, und wer deßhalb den Beweis zu führen habe? Nach meiner Meinung war es die Herrschaft, welcher der Beweis oblag, daß die spezifisch quittirte Summen nicht unter der überhaupt quittirten Summe begriffen gewesen, folglich der Verwalter mehr quittirt und empfangen habe, als er zugestand. Denn da die Identität der quittirten Summen ebensowohl möglich ist, als deren Verschiedenheit, so ist es der zwei verschiedenen Quittungen ungeachtet noch ganz ungewiß, ob der Quittirende über zwei verschiedene Summen quittirt habe, oder ob nicht vielmehr die spezifizirten Holzgelder die nämlichen, (oder wenn beide Summen nicht gleich waren, ein Theil der nämlichen) welche in der Rechnung überhaupt verausgabt wurden, gewesen seyen? Beide Quittungen können, da es der Einen an näherer Bestimmung des Gegenstandes fehlt, sehr wohl in Einem Gegenstand zusammen treffen.

§. 74.

Ist dagegen die Willenserklärung äußerlich bestimmt genug, um sie auf keinen andern Gegenstand, als welchen der Angreifer behauptet, beziehen zu können; so kann dem Angegriffenen sein Leugnen, daß nämlich seine Einwilligung diesen Gegenstand nicht betroffen habe, nichts nützen.

Zwar kann er sich — durch Betrug oder andere Umstände veranlaßt, — über den Gegenstand geirrt, — und geglaubt haben, daß unter dem Ausdruck, womit der Gegenstand A bezeichnet wurde, der Gegenstand B begriffen sey. Er kann z. B. gemeint haben, daß von zwei Häusern das größere mit Nr. 1. versehen sey, während doch das kleinere diese Nr. hat. Er kaufte also das kleine Haus, während er das größere zu kaufen wähnte.

In einem solchen Falle fehlt es zwar an der Einwilligung in den Gegenstand des Vertrags. Aber der Fehler ist bloß innerlich und unsichtbar. Aeußerlich ist die Einwilligung vorhanden. Darum muß die sogenannte Einrede des Irrthums und Betrugs von dem Angegriffenen eben so, wie die Einrede des Scheins bewiesen werden, obwohl sie so wenig, als die Einrede des Scheins für eine wahre zerstörliche Einrede gelten kann. Es ist hierüber dasjenige zu wiederholen, was oben §. 65 vorgekommen ist.

§. 75.

2) Auf gleichen Gründen beruht auch die Nothwendigkeit des verneinenden Beweises in allen

Fällen, in welchen ein Rechtsgeschäft umgestoßen werden soll.

Ist nämlich ein solches Rechtsgeschäft von demjenigen, der es umstoßen will, noch nicht vollzogen, und eben so wenig durch die Annahme der gegentheiligen Erfüllung als gültig anerkannt: so kann derselbe nur in so ferne auf Aufhebung des Rechtsgeschäfts klagen, als er dessen äußerliche Gültigkeit zugesteht. Denn außerdem müßte er entweder die gegenseitige Klage auf Erfüllung abwarten, welcher er ein bloßes Leugnen entgegen zu setzen brauchte, oder er müßte seinen Gegner zur Klage auffordern, wodurch die Sache in das nämliche Geleis gebracht würde.

Räumt aber derjenige, welcher ein noch nicht vollzogenes Rechtsgeschäft umstoßen will, dessen äußerliche Gültigkeit ein, so muß er sofort mit dem Gegenbeweis beginnen, und seine Klage enthält nicht nur eine Aufforderung des Gegners zur Klage, sondern auch zugleich ein Eingeständniß derselben, weßwegen hier, theoretisch betrachtet, der Prozeß bei der Klagebeantwortung, und beim Gegenbeweis anfängt. Der Kläger fordert hier von dem Beklagten keine Dienstleistung oder Herausgabe einer Sache, sondern er verlangt nur, daß ein demselben nach dem äußerlichen Anschein zuständiges Recht, welches derselbe nicht weiter zu beweisen nöthig hat, für nichtig erklärt werde, weil es wegen eines innern, an der Thatsache selbst nicht wahrnehmbaren Mangels wirklich nicht entstanden sey. Er verthei-

zigt sich nur gegen eine dem Gegner zuständige, wenn gleich noch nicht angebrachte Klage, — gegen eine Klage, deren Grund er ohne weitern Beweis einräumt, folglich sogleich zum Gegenbeweis schreitet.

Dieser Schritt muß um so nothwendiger in denjenigen Fällen der erste seyn, in welchen entweder die gegentheilige Vertragserfüllung ohne Vorbehalt angenommen, oder die Erfüllung des Vertrags von Seite des Klägers selbst geschehen ist. Denn in beiden Fällen hat er die Gültigkeit des Vertrags durch die That anerkannt, weil er sonst die Vertragserfüllung nicht hätte annehmen, oder selbst in's Werk setzen können. Im letzten Falle befindet er sich noch überdieses in der Lage, selbst eine Sache oder Leistung fordern, nämlich zurückfordern zu müssen; und um die Zurückforderung zu begründen, bleibt ihm nur der Beweis des Irrthums übrig, weil er das wissentlich ohne Verbindlichkeit Gegebene oder Geleistete nicht zurückfordern kann. Die Klage auf Erstattung einer bezahlten Nichtschuld, so wie eine jede Klage auf Aufhebung eines schon erfüllten Vertrags liefern hiezu die Belege.

§. 76.

3) Wenn darüber gestritten wird: ob und welche Gegenverbindlichkeit demjenigen obliege, welcher die Erfüllung eines Vertrags fordert, so entscheidet der Grundsatz, daß auch das Nichtseyn aller, der Thatsache widersprechenden Merkmale bewiesen werden müsse, gegen den Angreifer.

Denn sein Recht, die Erfüllung eines Vertrags von seinem Gegner zu fordern, hängt davon ab, daß er selbst keine noch unerfüllte Verbindlichkeit auf sich habe, welche aus dem nämlichen Vertrag entsprungen wäre. Die Verbindlichkeit ist durch die Gegenverbindlichkeit, Versprechen durch Gegenversprechen bedingt. Wer die Erfüllung des ersten fordert, muß das letzte, so weit die Erfüllung von ihm abhängt, schon erfüllt haben. Ist dieses nicht geschehen: so muß er das Nichtseyn eines Gegenversprechens, dessen Erfüllung zu gleicher Zeit geschehen müßte, hinlänglich beweisen, weil ohne diese Voraussetzung die Forderung ungegründet ist.

Daß dieser verneinende Beweis so leicht, und durch die nämlichen Mittel, wie der bejahende geführt werden könne, daß es hinreiche, wenn eine über das Versprechen ausgefertigte Urkunde von dem Gegenversprechen nichts enthält, oder wenn die Zeugen das erste, nicht aber auch das letzte vernommen zu haben behaupten, — dieses braucht hier nicht wiederholt zu werden.

§. 77.

Hieher gehört die Lehre vom sogenannten qualifizierten Geständniß. Wenn z. B. der Beklagte, von welchem ein erkauftes Haus gefordert wird, gegen die Klage einwendet, daß er dem Kläger kein Haus, sondern ein Grundstück zu kaufen gegeben habe: so liegt hierin eine gänzliche Ableugnung der Klage, verbunden mit einem ganz

fremdartigen, gar nicht hieher gehörigen Geständnisse. Es ist zu dem Streite, wovon es sich handelt, gar nichts, weder qualifiziert, noch unqualifiziert eingestanden. Eben so ist es ein ganz einfaches Geständniß, wenn der Beklagte seine Verbindlichkeit nur zum Theil einräumt, und anstatt der geforderten 1000 fl. Kaufschilling nur 900 fl., oder etwa nur eine Summe überhaupt, welche erst durch billiges Ermessen (arbitrio boni viri) bestimmt werden soll *), versprochen zu haben behauptet.

Ein Geständniß eigener Art ist nur dann vorhanden, wenn der Beklagte seine Verbindlichkeit, sein Versprechen zwar einräumt, dabei aber behauptet, daß Kläger ein Gegenversprechen gemacht, und folglich eine Gegenverbindlichkeit — aus dem nämlichen Rechtsgeschäfte erwachsen, zu erfüllen habe, wenn er also zum Beispiele behauptet, daß ihm der Kläger für 1000 fl. Kaufschilling nicht bloß sein Haus, welches ihm angeboten wird, sondern auch

---

*) Im letzten Falle, welchen ich aus Erfahrung anführe, kann deßwegen, auch beim Mangel des Beweises für die bestimmte Summe nach meiner Ueberzeugung keine Abweisung der Klage erfolgen, denn es wurde hier nicht etwas anders, als was zugestanden ist, begehrt, sondern es wurde nur zuviel begehrt. Eine Geldsumme ist es immer, was der Beklagte, und zwar aus dem nämlichen Rechtsgeschäfte schuldig ist. Nur die Höhe der Summe ist streitig.

die darin befindlichen Möbel, welche ihm verweigert werden, versprochen habe.

Dieses sogenannte qualifizierte Geständniß hat das Eigene, daß es sich in Bezug auf die jetzt angestellte Klage gänzlich aufhebt. Denn es liegt darin die Behauptung eines mit der Thatsache verbundenen Merkmals, welches mit derselben nicht verbunden seyn dürfte, wenn die Klage jetzt, wie sie angebracht ist, nämlich ohne vorherige Erfüllung der Gegenverbindlichkeit statt finden sollte. Der Kläger muß also das Nichtseyn dieses Merkmals beweisen.

§. 78.

4) Die Zeit, zu welcher, der Ort, wo, und die Bedingung, unter welcher ein Versprechen erfüllt werden soll, fallen offenbar unter den nämlichen Grundsatz. Denn zu einer andern Zeit, an einem andern Ort, und unter einer andern Bedingung, als verabredet wurde, oder unbedingt, wo eine Bedingung festgesetzt wurde, kann die Erfüllung eines Versprechens nicht gefordert werden. Das Geständniß eines bedingten, oder an Zeit und Ort gebundenen Versprechens ist zwar, wenn der Kläger die Erfüllung unbedingt, oder zu einer andern Zeit, und an einem andern Ort fordert, kein qualifiziertes in dem eben angegebenen Sinn, wiewohl man es gewöhnlich unter dieser Benennung mitbegreift. Aber es enthält eine Ableugnung des Klagerechts, in so ferne dasselbe zur Un=

zeit, am unrechten Ort, und vor der Reife geltend gemacht werden will.

Wer nun die Vertragserfüllung fordert, muß also auch den Beweis liefern, daß hinsichtlich der Zeit, des Orts, und der Bedingung keine mit seiner Klage im Widerspruch stehende Verabredung getroffen worden sey.

§. 79.

5) Daß endlich der Kläger auch die bestrittene Erfüllung seiner Gegenverbindlichkeit, so wie den Eintritt der Bedingung, wovon sein Recht abhängt, beweisen müsse, ist von selbst klar. Nur versteht sich das letzte bloß von der aufschiebenden Bedingung, da die auflösende ein schon entstandenes Recht aufhebt, folglich zur Einrede geeignet ist. Nicht minder bedarf es kaum einer Erwähnung, daß die Frage, ob Zeit und Ort, welche bedungen wurden, vorhanden seyen, oder nicht, sich ohne Beweis jederzeit von selbst löse, sobald es ausgemacht ist, welche Zeit und welcher Ort bedungen wurde.

Hinsichtlich der Vertragserfüllung von Seite dessen, der die Vertragserfüllung von dem Gegner fordert, ist indessen zu bemerken:

Die sogenannte Einrede des entweder gar nicht, oder nicht gehörig erfüllten Vertrags ist zwar nichts weiter, als die Ableugnung eines zur Begründung der Klage gehörigen Umstandes. Sie bedarf also keines Beweises, sondern es

ist Sache dessen, der auf Vertragserfüllung dringt, rechtsgenügend darzuthun, daß er seine Gegenverbindlichkeit schon erfüllt, oder sich wenigstens dazu bereit gezeigt habe. Allein wenn bewiesen oder zugestanden wird, daß er wirklich etwas als dasjenige, was er schuldig war, gegeben oder geleistet, und der Gegner die Sache oder Leistung in dieser Eigenschaft angenommen habe: so bedarf die Vertragserfüllung keines weitern Beweises, denn sie ist von dem Gegner durch die That anerkannt. Wer eine Sache oder Leistung als diejenige, welche er nach dem Vertrag zu fordern berechtigt ist, ohne Vorbehalt angenommen hat, der kann nicht sagen, daß der Vertrag nicht erfüllt sey, denn wenn auch die Sache oder Leistung nicht so beschaffen war, als sie hätte seyn sollen: so hat er sich doch durch die Annahme, damit begnügen zu wollen, faktisch erklärt und eingewilligt, daß ihm das Schlechtere für das Bessere gegeben oder geleistet werden durfte. Es bleibt ihm daher nur die Einrede des Irrthums übrig, welche nach den obigen Grundsätzen in so ferne sie nicht aus der Thatsache der Annahme von selbst erhellt, (welchenfalls keine wahre Annahme vorhanden wäre) besonders bewiesen werden muß, obwohl sie keine wahre Einrede ist.

Hiernach trifft also die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags, z. B. daß eine fehlerhafte, unbrauchbare Waare übergeben worden sey, mit der Einrede des Irrthums zusammen, und

es gilt von ihr das nämliche, was oben von der Einrede des Irrthums an= und ausgeführt wurde.

§. 80.

Nach den bisherigen Erörterungen muß die scheinbare Einrede, welche an sich betrachtet nichts weiter als die Ableugnung des Klagegrundes enthält, nur dann bewiesen werden, wenn die der Klage zum Grund gelegte Thatsache so weit sie äußerlich wahrnehmbar ist, keinen Fehler an sich hat, sondern lediglich wegen eines innerlichen, nur durch eine andere Thatsache erkennbaren Mangels die Rechtsentstehung nicht bewirken konnte. Die Einrede aber, daß die rechtsbewirkende Thatsache schon äußerlich mangelhaft sey, indem z. B. der Kläger eine nicht erfüllte Gegenverbindlichkeit auf sich habe, oder ein Versprechen nur im Scherze geschehen, oder bei einem Anlehen das Geld nicht ausbezahlt worden sey (exceptio non numeratae pecuniae) bedarf als reine Ableugnung des Klagegrundes keines Beweises.

Diese scheinbaren Einreden der letzten Art zu kennen, ist besonders im bayerischen Konkursprozeß nothwendig. Hier muß der Liquidant den Beweis seiner Forderung sogleich bei der Liquidation und zwar bei Vermeidung des Ausschlusses antreten. Tritt er also z. B. den Beweis eines Anlehens durch eine noch nicht zwei Jahre alte Urkunde an, welche, ob sie gleich das Bekenntniß des empfangenen Geldes

enthält, doch zum Beweis hiefür nicht hinreicht, oder fordert er den nach einer Urkunde ihm für eine Sache versprochenen Kaufschilling, ohne für die geschehene Uebergabe der Sache ein Beweismittel beizufügen: so hat er wegen versäumten Beweises die Abweisung zu gewärtigen, wenn ihm die Einreden des nicht bezahlten Geldes, oder des nicht erfüllten Vertrags entgegengesetzt werden *).

Im gemeinen deutschen Prozesse werden dergleichen zur Begründung der Klage gehörigen Umstände in der Klage selbst häufig mit Stillschweigen übergangen. Setzt man sie, wie es gewöhnlich geschieht, dennoch zum Beweise aus, wenn der Mangel bei der Klagebeantwortung gerügt wird: so hat der Kläger von der mangelhaften Klage keinen Nachtheil. Aber wenn, wie im bayerischen Konkursprozesse der Beweis der Klage mit der Klage selbst verbunden werden muß: so muß auch nothwendig jeder zu deren Begründung erforderliche Umstand sogleich angeführt, und durch Beweis gedeckt werden.

---

*) Auch beim Exekutivprozeß kann eine noch nicht zwei Jahre alte Schuldurkunde nicht zur Grundlage genommen werden, denn sie beweist den Hauptbestandtheil des Anlehensgeschäfts, die Geldauszahlung nicht. Wie will man den Exekutivprozeß erkennen, ehe hiefür ein Beweismittel beigebracht ist?

§. 81.

Zu II. Einseitige Handlungen, wodurch man sich Andern, oder Andere sich verbindlich machen kann, sind bekanntlich die sogenannten Quasikontrakte und Quasidelikte, nebst den wahren Delikten, so wie einige andere Handlungen, z. B. Polizitationen, wenn sie dem Staat oder der Kirche gemacht werden.

Hiebei finde ich nur hinsichtlich des Versehens (culpa) und hinsichtlich des Verzugs (mora) einiges anzumerken nöthig.

1) Das Versehen ist nämlich als bloßer Angriff an sich kein Gegenstand des Beweises, sondern es muß vom Richter aus Thatsachen erkannt werden. Daß nun derjenige, welcher seinen Gegner wegen eines Versehens in Anspruch nimmt, solche Thatsachen, welche das Versehen bewähren, zu beweisen habe, versteht sich von selbst.

Ganz anders verhält es sich, wo die Verbindlichkeit des Beklagten nicht erst aus dem Versehen entstand, sondern vielmehr dadurch aufrecht erhalten wurde. Dieses ist immer dann der Fall, wenn der Beklagte durch seine Schuld in die Unmöglichkeit versetzt wurde, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, wenn er also z. B. eine hinterlegte, geliehene, oder verkaufte Sache dem Eigenthümer nicht mehr zustellen kann, weil sie durch seine Schuld zu Grunde gieng, oder wenn er einen Auftrag wegen eingetretener Hindernisse unbefolgt ließ, obwohl er

die Hindernisse zu rechter Zeit hätte überwinden oder beseitigen können.

Hier war die Verbindlichkeit, eine Sache herauszugeben, oder einen Auftrag zu erfüllen vor dem Versehen, und unabhängig von demselben begründet. Will der Beklagte von der Erfüllung dieser Verbindlichkeit frei seyn, weil sie unmöglich geworden, so muß er beweisen, daß die Unmöglichkeit ohne sein Verschulden eintrat, denn nur durch die unverschuldete Unmöglichkeit konnte seine Verbindlichkeit erlöschen. Die unverschuldete Unmöglichkeit ist eine wahre Einrede. Es versteht sich aber, daß der Beklagte nur die Thatsachen, wodurch die Unmöglichkeit bewirkt worden seyn soll, zu beweisen brauche, das Urtheil aber, ob nach diesen Thatsachen ein Versehen vorhanden sey, oder nicht, dem Richter überlassen bleiben müsse. So hat z. B. der Bevollmächtigte, welcher sich wegen nicht erfüllten Auftrags mit der Unmöglichkeit entschuldigt, nur zu zeigen, welche Hindernisse vorhanden waren, und was er zu deren Beseitigung gethan habe. Ob er mehr hätte thun können oder sollen, wird der Richter entscheiden.

§. 82.

2) Was den Verzug betrifft: so muß zwar im Allgemeinen auch derjenige, welcher seinen Gegner wegen Verzugs in Anspruch nimmt, den Verzug beweisen. Allein der Verzug ist an sich keine

Thatsache. Er besteht nur in der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit zur gehörigen Zeit. Es kommt also beim Verzug auf zwei Fragen an: zu welcher Zeit nämlich eine Verbindlichkeit hätte erfüllt werden sollen, und ob sie zu einer andern Zeit, oder gar nicht erfüllt worden sey? Das erste, daß die Verbindlichkeit zu einer bestimmten Zeit hätte erfüllt werden sollen, muß natürlich der Kläger beweisen. Aber das zweite, daß sie zu dieser Zeit nicht erfüllt worden sey, braucht er nicht darzuthun, sondern es ist Sache des Beklagten, den Beweis zu liefern, daß er seine Verbindlichkeit zu seiner Zeit erfüllt, und dadurch den Eintritt des Verzugs gehindert habe. Es gilt hier alles, was oben hinsichtlich des verneinenden Beweises in Bezug auf solche Thatsachen, welche ein reifendes Recht zerstören, vorgekommen ist.

§. 83.

Zu III. Natürliche Begebenheiten und Verhältnisse, wodurch Rechte erzeugt oder aufgehoben werden können, sind alle durch die Natur bewirkten Veränderungen und Verhältnisse in der Sinnenwelt.

Sie wirken auf die Rechtsverhältnisse der Menschen theils für sich allein, z. B. Geburten, Todesfälle, Untergang einer Sache u. dgl., theils in Verbindung mit menschlichen Handlungen, z. B. Testament und Tod einer Person, oder wenn Rechts=

verhältnisse durch Willenserklärungen von natürlichen Begebenheiten abhängig gemacht werden.

Wer nun durch eine solche Begebenheit, oder durch ein natürliches Verhältniß ein Recht erlangt zu haben, oder von einer Verbindlichkeit frei geworden zu seyn behauptet, der hat natürlich den Beweis hiefür zu liefern.

Zu einer besondern Erörterung finde ich hier nur den Zufall, in so ferne es auf dessen Verschuldung mit ankommt, und das der Negatorienklage zum Grunde liegende Sachverhältniß geeignet. Von dem ersten ist aber bereits §. 81. das Nöthige gesagt worden, und dem letzten ist der folgende Absatz besonders gewidmet.

Dritter Absatz.

Von der Beweislast der Negatorienklage.

---

§. 84.

Man ist wohl darüber einverstanden, daß derjenige, welcher das Recht einer Servitut an dem Eigenthume seines Nachbars in Anspruch nimmt, dieses Recht beweisen müsse, wenn er nicht im Be-

sitze (oder im sogenannten Quasibesitze) desselben sich befindet. Man kann auch hier um so weniger einen Anstand finden, je weniger es verkannt werden kann, daß hier der Servitutberechtigte zuerst als Kläger auftreten müsse, um zum Genusse seines Rechtes zu gelangen.

Ganz anders verhält es sich, wenn der angeblich Berechtigte mittelst des Besitzes sich schon im Genusse der Servitut befindet. In diesem Falle kann er ruhig abwarten, bis sein Gegner klagend auftritt, um eine Veränderung dieses Zustandes zu bewirken. Hier kommt es darauf an, ob der Besitzer der Servitut auch das Recht derselben habe, und die Frage: ob nun der Beklagte dem klagenden Eigenthümer gegenüber sein Recht der Servitut beweisen, oder ob nicht vielmehr der Kläger darthun müsse, daß der Beklagte kein Recht auf die Servitut habe, in deren Besitz er sich befindet, — diese Frage ist eine der streitigsten in der Lehre von der Beweislast.

Herr Professor Hufeland hat im IV. Stück seiner Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften *) eine Revision dieser Streitfrage geliefert, woselbst man auch die ältere Literatur nachsehen kann. Hufeland legt dem Beklagten den Beweis auf, und sucht seine Meinung theils durch das Uebergewicht der Vermuthung

*) Jena bei Staehl 1802.

für das Eigenthum, und die natürliche Freiheit, über die aus dem Besitz entspringende Vermuthung, theils durch L. 5. pr. in fin. D. si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur besser, als es von seinen Vorgängern geschah, zu begründen. Ihm trat neuerlich Klötzer*), wiewohl aus einem andern Grunde bei. Gegen ihn aber sind Weber**), Thibaut***) und zum Theil auch Glück****), welcher letzte dem Kläger wenigstens dann den Beweis auferlegt wissen will, wenn der Beklagte bereits durch ein richterliches Erkenntniß im Besitze geschützt worden ist.

§. 85.

Was zuvörderst die Glück'sche Meinung betrifft: so ist kein Grund einzusehen, warum der besitzende Beklagte, nachdem ein possessorischer Rechtsstreit vorausgegangen, und für ihn entschieden worden ist, im petitorischen Streite vom Beweise frei seyn soll, während der Besitzer, wenn ein possessorischer Streit nicht vorausging, sich dieser Freiheit nicht erfreuen darf. Glück sagt zwar: wer ein-

---

*) In der oben §. 2. angeführten Abhandlung.

**) In seinen Beiträgen zu gerichtlichen Klagen und Einreden. S. 121.

***) System des Pand. Rechts. §. 841.

****) Pand. Kommentar 10. Th. S. 245. §. 687.

mal im summarischen Besitzprozesse obtiniert habe, brauche nicht weiter zu beweisen, sondern er bleibe fortwährend geschützt, bis der Gegner im ordentlichen Besitzprozesse, oder in petitorio ein besseres Recht ausgeführt habe. Die Präsumtion der natürlichen Freiheit könne hier dem Kläger nicht mehr zu statten kommen, weil sie schon in possessorio vorgelegen, und bei der Entscheidung desselben nicht berücksichtigt worden sey.

Allein muß denn nicht auch der ohne Streit und Entscheidung anerkannte Besitzer — denn wenn der Besitz weder entschieden noch anerkannt ist, kann der Beklagte noch nicht als Besitzer angesehen werden, und von diesem Falle ist hier keine Rede, — im Besitze geschützt werden, bis ein besseres Recht des Klägers nachgewiesen ist? Wenn der Petitorienkläger den Besitz des Beklagten ohne vorherigen Streit zugesteht, — und wollte er dieses nicht, so würde er nicht mit der Negatorienklage auftreten, sondern die Konfessorien-Klage des Gegners, den er nöthigenfalls hiezu auffordern könnte, abwarten, oder höchstens über Besitzstörung klagen, — wenn er also den Besitz des Beklagten zugesteht, so ist ja das nämliche Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem Beklagten vorhanden, als wenn vorher ein Besitzprozeß zu Gunsten des letzten entschieden worden wäre. Der Beklagte darf bis zum Ausgang des Petitoriums in einem Falle so wenig, als im andern in seinem Besitze gestört werden. Soll die Vermuthung für die natürliche Freiheit den ohne

Streit anerkannten Besitz des Beklagten überwiegen, so muß sie auch den durch ein richterliches Erkenntniß festgesetzten Besitz überwältigen. Durfte aber der Richter diese Vermuthung bei seinem possessorischen Erkenntniß — weil sie etwa nur ein petitorischer Grund ist, nicht berücksichtigen: so darf er sie auch im petitorischen Prozeß nicht als einen Entscheidungsgrund für die Beweislast aufstellen. Denn überwiegt sie den Besitz: so kann der Besitzer nie im Besitze geschützt werden, wenn er nicht mehr, als nur seinen Besitz beweist. Ueberwiegt sie aber den Besitz nicht: so ist dem Negatorienkläger mit dieser Vermuthung allein nicht gedient, sondern er muß allererst etwas Weiteres beweisen, um den Besitzer als solchen zu überwältigen.

Der von Glück angenommene Unterschied zwischen einem durch ein richterliches Erkenntniß geschützten, und zwischen einem ohne Streit vom Kläger anerkannten, aber deßhalb nicht minder gewissen, und richterlich zu schützenden Besitzer einer Servitut muß also bei der Lösung der aufgestellten Frage gänzlich hinwegfallen, und wenn Glück dem letztern, — im Wesentlichen aus dem von Hufeland aufgestellten Grunde, daß das Eigenthumsrecht das Besitzrecht überwiegt, — den Beweis über das Recht der Servitut bei der Negatorienklage auflegt: so darf er auch den ersten nicht von dieser Beweisverbindlichkeit frei sprechen.

§. 86.

Klötzer nimmt Hufelands Meinung, aber nicht seine Gründe an. Ihm ist das Eigenthum der Grund der Negatorienklage, und die Behauptung der natürlichen Freiheit des Grundstücks ist ihm, — wenn auch in der Klage vorgebracht — die Replik auf die vom Beklagten behauptete Servitut, welche als Exzeption erscheint. Müßte also der Kläger, — meint Klötzer — mehr als sein Eigenthum bei der Negatorienklage beweisen: so würde er die Replik beweisen müssen, ehe die Exzeption bewiesen wäre.

Allein wie unhaltbar diese neue Ansicht sey, springt von selbst in die Augen. Die Behauptung der Freiheit des Grundstücks ist keine Replik, welche wie oben schon gezeigt wurde, immer eine die Exzeption zerstörende oder die Wiederauflebung eines zerstörten Rechts bewirkende Thatsache enthält, sondern sie ist lediglich die Verneinung der angeblichen Exzeption, denn sie enthält nichts weiter, als den Satz, daß eine Servitut nicht schon von selbst, ohne daß sie durch einen besondern Rechtsgrund erzeugt worden wäre, vorhanden sey, und dieser Rechtsgrund eben ist es, welcher geleugnet wird.

Es bleibt demnach — die Behauptung der Servitut als Exzeption betrachtet, — immer nur die Frage übrig, ob diese Exzeption von der Art sey,

daß sie wegen einer Rechtsvermuthung schon ohne weitern Beweis so lange für wahr gelte, als nicht der Gegenbeweis geführt ist; denn daß der durch eine Rechtsvermuthung auf den Gegner gewälzte Beweis nicht Vorbeweis, sondern Gegenbeweis sey, ist schon oben gezeigt worden. Auch darauf, ob sich die natürliche Freiheit zur Dienstbarkeit eines Grundstücks wie Regel zur Ausnahme verhalte, folglich jene vermuthet werde, kommt es nach dem, was von Vermuthungen gesagt wurde, keineswegs an, sondern alles beruht auf der Frage: ob für den Beklagten, welcher im Besitze der Servitut ist, die Rechtsvermuthung streite, oder wenn dieses nicht der Fall seyn sollte, ob nicht etwa die Verneinung des Servitutsrechts, wenn der Beklagte besitzt, zum Grund der Negatorienklage gehöre?

§. 87.

Daß der Besitz eine Rechtsvermuthung erzeuge, setzt nun zwar Weber in seinen Beiträgen als eine bekannte Sache voraus, und unter dieser Voraussetzung wäre seine Meinung freilich keinem Zweifel unterworfen, sobald man nur erst wüßte, — was denn eigentlich wegen des Besitzes rechtlich vermuthet werde. Denn die Vermuthung könnte sich doch wohl, anstatt das Eigenthum der Servitut vorbehaltlich des Gegenbeweises zu bewähren, auch nur auf die Rechtmäßigkeit des Besitzes (iu-

stum titulum) beziehen, — und in diesem Falle würde denn doch dem Besitzer seine Vermuthung, dem erwiesenen Grundeigenthümer gegenüber wenig nützen. Denn wäre auch vermöge der für den Besitz streitenden Vermuthung als rechtlich gewiß anzunehmen, daß der Besitz ein rechtmäßiger sey: so würde doch auch der rechtmäßige Besitzer, dessen Eigenthum noch unerwiesen wäre, dem Eigenthümer weichen müssen, vorausgesetzt, nämlich, daß die Verneinung der Servitut nicht zum Grund der Negatorienklage gehöre, in welchem Falle nicht erst eine Vermuthung erfordert werden würde, um den Beweis auf den Gegner zu wälzen.

Sollte also die aus dem Besitz entspringende Vermuthung entscheiden: so müßte vermöge des Besitzes nicht bloß die Rechtmäßigkeit des Besitzes, sondern es müßte das wahre Eigenthum der Servitut selbst vermuthet werden. Wenigstens wäre diese Vermuthung in dem Falle nöthig, wenn der Negatorienkläger nicht auch bloß rechtmäßiger Besitzer, sondern wahrer Eigenthümer des dienenden Grundstücks wäre.

§. 88.

Allein daß aus dem Besitze nicht nur keine Rechtsvermuthung für das Eigenthum des Besitzers, sondern überhaupt gar keine Rechtsvermuthung, folglich auch nicht einmal für die Rechtmäßigkeit des Besitzes entspringe, hat Weber in seiner Schrift

über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozesse*) selbst sehr treffend gezeigt, und wahrscheinlich hätte er seine frühere Meinung geändert, wenn er in dieser Schrift die Streitfrage, anstatt sich auf seine Beiträge zu beziehen, einer neuen Prüfung unterworfen hätte. Weber sagt nämlich a. a. O.:

„Um in dem Besitze, worin sich Jemand be„findet, geschützt zu werden, bedarf es keiner Rechts„vermuthung. Wenn daher die Gesetze den Besitzer „einer Sache, die von Andern in Anspruch genom„men wird, mit Beweisen der Rechtmäßigkeit sei„nes Besitzes nicht belästigt, sondern ihn vielmehr „bei der freien Ausübung des Rechts so lange, „als die Anmassung des Gegners noch unerwiesen „ist, gehandhabt wissen wollen: so ist dieses nicht „sowohl die Folge einer für ihn geordneten Rechts„vermuthung, als vielmehr die natürliche, und von „keinem Gesetzgeber zu verkennende Folge des all„gemeinen und überall in Rechtsstreitigkeiten gel„tenden Grundsatzes, daß Niemand den Ansprüchen „und Forderungen Anderer zu weichen, oder nach„zugeben schuldig erkannt werden könne, bis diese „rechtlich begründet, und so weit sie auf Thatsa„chen beruhen, gehörig bewahrheitet worden sind. „Sonst würde man überall Rechtsvermuthungen „für jeden Beklagten annehmen müssen."

---

*) N. V. 10.

Also nicht eine Rechtsvermuthung ist es, welche den Besitzer vom Beweise befreit, sondern sein Verhältniß als Beklagter. Wer eine Sache besitzt, der behält sie so lange, bis ein Anderer ein besseres Recht, als jenem der Besitz gewährt, bewiesen hat. Daß ein solches besseres Recht auch dem Besitzer zustehe, wird nicht vermuthet, nämlich nicht mit der rechtlichen Wirkung, daß es der Besitzer, sobald er dessen bedarf, nicht beweisen müßte, sondern der Besitzer bedarf nur des bessern Rechts, und dessen Beweises nicht, so lange nicht sein Gegner ein besseres Recht bewiesen hat. Der Kläger, welcher eine Sache vom Besitzer fordert, führt nicht etwa den Gegenbeweis gegen das bessere Recht, welches für diesen mittelst einer Rechtsvermuthung schon bewahrheitet wäre, — sondern er führt den Vorbeweis für sein besseres Recht, und der Beweis, daß ihm ein gleiches, oder noch besseres Recht zustehe, liegt dem Besitzer ob, wobei ihn sein Besitz mit einer gemeinen Vermuthung unterstützen, aber keineswegs mit einer Rechtsvermuthung zu Hülfe kommen kann.

Mit dieser Behauptung, daß der Besitz für das bessere Recht keine Rechtsvermuthung erzeuge, ist Savigny *), welcher in der Lehre vom Besitze, als klassisch betrachtet werden kann, vollkommen

---

*) Das Recht des Besitzes. §. 3. N. 4. der ersten Ausgabe.

einverstanden, und wer sollte es nicht seyn, da kein Gesetz für die gegentheilige Meinung aufgezeigt werden kann, und auch die Natur der Sache für diese Behauptung spricht. Man nehme z. B. an: A besitzt ein Grundstück. B fordert die Herausgabe, und beweiset, daß er das Grundstück schon als Pächter oder Käufer rc. besessen habe, folglich ihm ein Besitzrecht (ein titulirter Besitz) zukomme. Spräche nun eine Vermuthung für den Besitzer, daß auch er gepachtet und gekauft habe u. s. w., so würde dem Kläger sein Beweis nichts nützen, sondern er würde — könnte, oder wollte er nicht sein Eigenthum beweisen, erst noch die gegentheilige Rechtsvermuthung entkräften und beweisen müssen, daß der beklagte Besitzer nicht gepachtet oder gekauft habe, sondern daß er sich ohne allen rechtmäßigen Titel im Besitz befinde. Niemand wird ihm diesen Gegenbeweis aufbürden. Es kann also auch keine Rechtsvermuthung dafür vorhanden seyn, daß dem Besitzer ein besseres Recht, als das des bloßen Besitzes zustehe.

§. 89.

Dieses vorausgesetzt, wird es nicht schwer seyn, Hufelands Meinung als die richtige zu vertheidigen.

Zwar folgt aus L. 5. pr. in fin. D. si usus-

fructus petatur, vel ad alium pertinere negetur *) keineswegs, daß

„gegen denjenigen, der sich als proprietarium „erweiset, die bloße Vermuthung für den Besitz „nichts helfe, und daher der Besitzer einer Servitut „den Beweis gegen den Eigenthümer um so mehr „übernehmen müsse, da hier nicht einmal ein ei„gentlicher Besitz, wie beim ususfructus vorhan„den sey."

Denn das Gesetz sagt nur, daß der Besitzer gegen den Nichteigenthümer, auch ohne ein Recht zum Nießbrauch zu haben, siege, spricht aber keineswegs vom Beweise, den eine oder die andere Parthei bei einem solchen Streit zu führen habe.

Eben so wenig kann es auf das Uebergewicht der Vermuthung für die natürliche Freiheit über die Vermuthung für den Besitz ankommen. Denn es wird, wie schon zur Genüge erwiesen ist, weder die natürliche Freiheit, noch auch ein Recht für den Besitzer gesetzlich vermuthet. Aber Hufeland berührt die wahre Beschaffenheit der Sache, wenn er sagt: „Nur dann wird nach dem Besitz entschie„den, für den Besitzer, daß er auch Recht habe, „vermuthet, wenn gar kein anderer Grund des

*) Quodsi forte qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant.

„Rechts aufgefunden werden kann, und eben so „wenig einer dagegen ist. In dem hier zu unter„suchenden Falle aber ist ein Grund des Rechts „selbst da, nämlich das Eigenthum ist gewiß, und „also die Folgen daraus sind zugleich mit bewiesen. „Man könnte sogar sagen, daß nur uneigentlich „eine Präsumtion für die natürliche Freiheit be„hauptet werden könne. Das Recht selbst ist wirk„lich bewiesen, dadurch, daß das Eigenthum, das „den Grund desselben enthält, außer Streit gesetzt „ist."

§. 90.

Es bedarf nur eines Kommentars zu dieser Stelle, um die Sache ganz klar zu machen.

Das Eigenthum enthält nämlich unstreitig das volle und ausschließliche Benutzungsrecht der Sache. Der Eigenthümer verwehrt dem Dritten jede Theilnahme an seinem Eigenthum und dessen Genuß, folglich auch die Ausübung einer Servitut, welche nichts anders als ein bestimmter und beschränkter Mitgenuß ist. Um diesen Mitgenuß fordern zu können, muß der Dritte ein besonderes Recht, oder man kann sagen, einen gewissen Antheil an dem Eigenthumsrecht haben: denn die Beschränkung des Eigenthümers durch eine Servitut besteht darin, daß das uneingeschränkte volle Eigenthumsrecht an der Sache gar nicht vorhanden wäre, sondern das volle uneingeschränkte Recht ist

nur zwischen zwei Personen getheilt. Der Servitutberechtigte hat jenen Theil des vollen Eigenthumsrechts, welcher dem Eigenthümer entzogen ist, und die Befugnisse beider zusammen genommen, machen das volle uneingeschränkte Eigenthumsrecht aus.

So gewiß hiernach die Servitut neben dem beschränkten Eigenthume bestehen kann, so gewiß wird sie durch das unbeschränkte volle Eigenthum ausgeschlossen. Zwischen beiden findet das nämliche Verhältniß statt, welches zwischen dem Alleineigenthum, und dem Miteigenthum statt findet. Der Eigenthümer kann einen Miteigenthümer haben, aber wenn er Alleineigenthümer ist, kann kein Miteigenthümer vorhanden seyn.

§. 91.

So wie weder das Alleineigenthum, noch auch das Miteigenthum vermuthet werden kann: so giebt es auch keine Vermuthung für das eingeschränkte oder uneingeschränkte Eigenthum. Ein Grundstück ist natürlich frei, wenn keine Servitut darauf haftet. Die Servitut wird nicht vermuthet, aber auch die Freiheit nicht, sondern es ist nur so viel gewiß, daß das Grundstück von Natur frei seyn müsse, wenn keine Servitut darauf durch irgend eine Thatsache entstanden ist. Aber eben dieses entscheidet für Hufelands Meinung.

Der Negatorienkläger muß nämlich zwar den

Erwerb eines unbeschränkten Eigenthums erweisen. Denn es muß hinsichtlich einer jeden rechtserzeugenden Thatsache, wie gezeigt wurde, auch das Nichtseyn aller widersprechenden Merkmale bewiesen werden. Allein diesen verneinenden Beweis hat der Kläger geliefert, wenn er die Thatsachen, wovon sein Eigenthumserwerb abhängt, bewiesen hat, und hiebei von dem Merkmal der Beschränkung nichts vorkommt, wenn z. B. seine Erwerbsurkunden oder Zeugen von der Beschränkung nichts melden.

Unter dieser Voraussetzung erscheint er als voller und uneingeschränkter Eigenthümer, denn er hat das unbeschränkte Eigenthumsrecht erwiesen. Macht nun ein Anderer auf dieselbe Sache Ansprüche, so muß er diese Ansprüche eben so beweisen, wie jener die seinigen erwiesen hat. Er muß darthun, daß und welcher Antheil ihm an dem erwiesenen Recht des Eigenthümers zustehe, denn es wird eine besondere Thatsache vorausgesetzt, wenn sein Theilrecht entstanden seyn soll. Ob dieses Theilrecht ein Miteigenthum an einem Grundstück oder nur ein Servitutrecht seyn soll, ist gleichgültig.

Sollte demnach bei der Negatorienklage der im Besitz befindliche Beklagte das Recht der Servitut nicht beweisen dürfen, so wäre dieses nur dann möglich, wenn aus seinem Besitz eine Rechtsvermuthung für sein Recht entspränge. Allein daß dieses nicht der Fall sey, ist hinreichend bewiesen worden.

Der Beklagte muß also, auch wenn er besitzt, beweisen, sobald der Kläger sein unbeschränktes Eigenthum bewiesen hat.

Genau genommen ist die Negatorienklage nichts anders als eine theilweise Vindikation. Wie der Vindikant nur sein Eigenthum an einer Sache, nicht aber auch das Nichteigenthum seines Gegners, ungeachtet dieser im Besitz der Sache ist, beweisen darf; so darf auch der Negatorienkläger nur sein Eigenthum an der angeblich dienstbaren Sache, nicht aber auch das Nichtseyn des Theilrechts, welches der Beklagte besitzt, darthun; denn wie der Vindikant die ganze Sache zurückfordert, weil sie sein Gegner ganz besitzt: so fordert der Negatorienkläger nur einen Theil der Sache zurück, weil der Beklagte sie nur zum Theil, so weit nämlich das Servitutrecht es mit sich bringt, im Besitze hat. Vindikant und Negatorienkläger müssen, wie jeder Kläger das gegentheilige Nichtrecht beweisen, aber im Beweis ihres Rechts ist der Beweis des gegentheiligen Nichtrechts von selbst enthalten.

Die Behauptung der Servitut, so wie die eines Miteigenthums ist, falls sie nicht vom Kläger selbst erworben sind, keine wahre, sondern nur eine scheinbare, aber eine solche Einrede, welche auf einer von der die Klage begründenden Thatsache verschiedenen Thatsache beruht, folglich, wie oben, §. 10., gezeigt wurde, bewiesen werden muß.

§. 92.

Wäre es anders, wäre der verneinende Beweis, welcher dem Negatorienkläger obliegt, nicht schon im bejahenden Beweis für sein Eigenthum enthalten: so würde er nicht bloß dann, wenn der Beklagte besitzt, sondern sogar auch dann, wenn der Beklagte nicht besitzt, noch einen besondern Verneinungsbeweis führen müssen. Denn er hätte ja sonst durch den Beweis seines Eigenthums immer noch nicht dargethan, daß auch derjenige Theil des Eigenthumsrechts, welcher davon abgesondert als ein Servitutrecht einem Dritten gehören kann, ihm zustehe. Der Beklagte würde ihm hinsichtlich dieses besondern Rechts die Legitimation streitig machen, und behaupten können, daß der Kläger, welcher nur sein Eigenthum an einem Grundstücke bewiesen habe, nur auch das Eigenthum, nicht aber das davon verschiedene Recht der Servitut einem Dritten zu verweigern befugt sey.

Offenbar wäre eine solche Einrede gegen die Legitimation des Klägers grundlos, und sie kann nur darum grundlos seyn, weil das Servitutrecht einen Theil des Eigenthumsrechts selbst ausmacht, folglich wer sein Eigenthum beweiset, eben dadurch auch denjenigen Theil desselben, welcher abgesondert als Servitutrecht bestehen kann, als sein erprobt hat.

Gilt aber diese Behauptung dann, wenn der Eigenthümer gegen den nichtbesitzenden angeblichen Servitutberechtigten wegen Besitzstörung, oder

sonstiger Anmaßung klagend auftritt, oder denselben zur Klage auffordert — denn wenn der Beklagte nicht besitzt, und keine Handlung um den Besitz zu erwerben vornimmt, kann der Eigenthümer die Klage des letzten ruhig abwarten, oder ihn hiezu auffordern, ohne selbst der Klage zu bedürfen — so muß diese Behauptung auch dann gelten, wenn der Eigenthümer gegen den Besitzer der Servitut klagt. Sein Zweck ist, zu bewirken, daß der Beklagte den Besitz desjenigen Eigenthumsantheils, welcher abgesondert die Servitut bildet, ihm abtrete. Durch den Beweis seines Eigenthums beweist er auch diesen besondern Theil des Eigenthums als den seinigen. Darum muß der Beklagte sofort das Gegentheil darthun, und sein Recht auf den streitigen Eigenthumsantheil beweisen, da sein Besitz hiefür keine Rechtsvermuthung gewährt.

Aus allen diesem ergiebt es sich nun, daß zwar Weber und die es mit ihm halten, im Allgemeinen nicht ganz unrecht haben. Denn der Negatorienkläger muß das Nichtrecht des Beklagten allerdings beweisen, in so ferne der Beweis seines Rechts unmöglich von diesem verneinenden Beweis getrennt werden kann. Aber diesen verneinenden Beweis hat je der Kläger zu liefern, und er liefert sich hier, wie in den meisten Fällen von selbst, weil die Verneinung durch die Bejahung nothwendig ausgeschlossen wird.

Hätte man die Natur des verneinenden Beweises näher untersucht, so würde man leicht gefunden

haben, daß dem Negatorienkläger neben dem allgemeinen verneinenden Beweis, welcher mit dem Beweis seines ganzen, alle darunter begriffenen einzelnen Theile umfassenden, Eigenthums von selbst verbunden ist, nicht noch ein besonderer verneinender Beweis, und zwar so wenig aufgebürdet werden könne, als dem Vindikanten neben dem Beweis seines Eigenthums auch noch der besondere Beweis, daß der Beklagte kein Miteigenthumsrecht habe, zugemuthet werden kann.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Borst, Johann Nepomuk,

Ueber die Beweislast im Civilprozeß ... 4. März 1816

Stuttgart 1835

J.pract. 31 p
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10553871-6